

MARCELO CORAL XAVIER

**O ESTADO DE DIREITO COMO GARANTE DOS DIREITOS HUMANOS:
uma perspectiva garantista do modelo democrático de legitimação**

FLORIANÓPOLIS

1997

MARCELO CORAL XAVIER

**O ESTADO DE DIREITO COMO GARANTE DOS DIREITOS HUMANOS:
uma perspectiva garantista do modelo democrático de legitimação**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel
em Direito no Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina.
Orientador: Sérgio U. Cademartori

FLORIANÓPOLIS

1997

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela confiança e apoio,

Ao meu orientador, pai acadêmico,

Ao meu irmão, amigo

Aos meus amigos, irmãos

À Janaína, simplesmente por existir

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I. PRIMEIRA PARTE: ABORDAGEM HISTÓRICO-FILOSÓFICA DO NASCIMENTO DA DOCTRINA DOS DIREITOS HUMANOS	
1 - A ESCOLA DO DIREITO NATURAL E O PROBLEMA DOS DIREITOS HUMANOS	
1. 1 - O homem antigo e o jusnaturalismo clássico.....	13
1. 2 - O homem medieval e o jusnaturalismo cristão.....	15
1. 3 - O fundamento contratual do Estado e o jusnaturalismo moderno.....	20
1. 4 - As con dições do Estado de Natureza.....	28
2 - A DOCTRINA MODERNA DOS DIREITOS HUMANOS	
2. 1 - O con teúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	32
2. 2 - O Os Direitos Humanos face ao individualismo proprietário.....	34
2. 3 - Os Direitos Humanos face ao Utilitarismo.....	36
2. 4 - O problema da Democracia.....	41

II. SEGUNDA PARTE: A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A ESCOLA DE DIREITO POSITIVO

3 - O ESTADO COMO PRODUTOR EXCLUSIVO DA LEGALIDADE

3.1 - A escola histórica e a positivação do Direito.....	44
3.2 - A evolução no papel dos juizes.....	46
3.3 - O Estado Legal.....	48
3.4 - O Estado Constitucional.....	51

4 - A ESCOLA DO DIREITO POSITIVO

4.1 - Características principais do juspositivismo.....	54
4.2 - A abordagem avalorativa do Direito e a teoria da validade.....	59
4.3 - O problema da legitimidade.....	63
4.4 - Positivismo e ideologia.....	66

III. TERCEIRA PARTE: A TEORIA GARANTISTA E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

5 - A TEORIA GARANTISTA COMO UM POSITIVISMO CRÍTICO

5. 1 - Três acepções de garantismo.....	67
5. 2 - O Direito como sistema de garantias.....	73
5. 3 - Papel crítico e normativo da ciência do Direito: a reformulação do conceito juspositivista clássico de validade.....	79

6 - PARA UMA TEORIA GARANTISTA DOS DIREITOS HUMANOS

6. 1 - O objeto da garantia: os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais.....	85
6. 2 - Os Direitos Humanos levados a sério.....	90
6. 3 - Primado da sociedade em relação ao Estado e ao Direito: a luta pelo direito como exercício da cidadania e garantia da Democracia.....	92

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A) O modelo brasileiro de Estado de Direito:

a constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais.....	94
--	----

B) O déficit constitucional como ilegalidade patológica e suas conseqüências para o exercício da cidadania.....	96
---	----

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
------------------------------------	----

INTRODUÇÃO

A temática dos Direitos Humanos é tão antiga quanto atual. Antiga, porque marca o início da modernidade. Atual, porque, apesar de um consenso quase universal acerca de sua importância e necessidade de seu respeito, constata-se um descaso da comunidade internacional para com as suas mais recentes violações. Tomem-se como exemplos, d'além-mar, as diversas guerras envolvendo etnias locais e, d'aquém-mar, a miséria, a fome, o desemprego, as chacinas, para citarmos apenas alguns, fatos que diariamente povoam os noticiários.

Ao mesmo tempo, apesar de mais de duzentos anos de proclamação da primeira declaração de Direitos Humanos e de muitos avanços e retrocessos na sua efetivação, vê-se, através de um projeto global que se convencionou chamar de neoliberalismo, uma tentativa de restringi-los, principalmente, no plano das garantias sociais - Direitos Humanos de segunda geração (Cf. BOBBIO, 1992). Em nome de uma tão propalada governabilidade pretende-se liberar os Estados de muitas de obrigações constitucionais, inclusive da sua função de garantia dos Direitos Fundamentais, função que, como será discutido, o define e legitima.

Opõem-se, dessa maneira, crise financeira do Estado e Direitos sociais, identificando-se nestes últimas exigências incompatíveis com o progresso nacional, com o avanço do capitalismo e, principalmente, com a possibilidade de garantir, concomitantemente, os Direitos individuais. Reflexos nefastos nas políticas sociais têm sido gerados por esse projeto nos países chamados periféricos, entre eles o Brasil, onde o hiato entre as camadas mais ricas e mais pobres vem aumentando assustadoramente.

É por não acreditar que a exigência de garantia dos Direitos Fundamentais seja incompatível com um desenvolvimento nacional e por identificar neles uma das armas para que se possa, no plano jurídico, tentar resgatar uma melhor qualidade de vida para o cidadão, que se pretende realizar este trabalho. Afinal, é justamente através da efetivação dos direitos constitucionalmente positivados que se pode garantir uma maior qualidade para o exercício da cidadania, aproximando Estado de Direito real (experimentado no cotidiano) de um seu

modelo ideal (garantista) que, por sua vez, reforça a eficácia dos Direitos Fundamentais. Trata-se, portanto, de um trabalho sobre e no Estado de Direito.

Para tanto, pretende-se desenvolver algumas idéias sobre uma renovada epistemologia jurídica através do modelo garantista de Estado de Direito cujo objetivo é nortear a ação dos operadores para a reconstrução de uma ciência que possa dar conta do fenômeno jurídico comum ao Estado de Direito - ou seja, limitando e dirigindo o poder estatal como forma de respeito e reconhecimento das diferenças das pessoas e como forma de redução das suas desigualdades, centrada na noção dos Direitos Humanos. Quer-se, com isso, buscar a deslegitimação das práticas estatais violadoras dos Direitos e Garantias Fundamentais, restaurando, assim, a confiança no Estado de Direito.

Consistem estas idéias sobre o Estado de Direito no fim que se lhe atribui e que lhe confere legitimidade face à Sociedade à qual deve servir. Assim, um Estado de Direito (bem como a sua ordem normativa), só deve existir na medida em que satisfaça as exigências da Sociedade que o criou, ou seja, na medida em que seja útil na proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais eleitos como tais pela Sociedade. O Direito, assim compreendido, não é meramente forma, mas deve obedecer a conteúdos específicos, preestabelecidos, fruto das lutas por direitos e, inclusive, por um Estado juridicamente regulado, superação das monarquias absolutistas e dos estados totalitários.

O tema proposto será trabalhado em quatro etapas distintas. Primeiramente, será abordada e estudada, de forma meramente expositiva, a parte relativa à doutrina dos Direitos Humanos, sua relação com o nascimento do Estado Moderno e suas imbricações com a questão democrática. Para isso serão utilizados diversos autores, dando prioridade aos teóricos do Estado e do Direito, fazendo um corte transversal em suas doutrinas para identificar a função dos Direitos Humanos na formação do Estado Moderno e sua posterior evolução para Estado Constitucional de Direito.

Com esse objetivo, buscar-se-á uma linha de raciocínio que remonta à Grécia Antiga e se desenrola no tempo até os dias atuais, tendo sempre como limites as questões dos Direitos Humanos e da Democracia como tentativas de elevar o nível de subjetividade ao máximo possível, dentro das possibilidades de um Estado de Direito. Dessa forma, a análise da

evolução do Direito contaminado pelo advento do discurso dos Direitos Humanos e pela recuperação moderna da democracia deve pressupor o estudo da evolução do conceito de homem, até sua transformação em sujeito e posteriormente, sujeito de direitos, ou seja, cidadão¹.

A segunda etapa será dedicada ao movimento de positivação do Direito, ou seja, à monopolização da produção jurídica pelo Estado Moderno e à escola de Direito Positivo que surge exatamente para dar conta deste novo fenômeno. Será discutido, por um lado, a evolução do Estado Moderno e do Direito que lhe é peculiar, e, por outro, o tipo de legitimação que lhe é conferido pela escola juspositivista.

A terceira e última etapa discutirá o modelo garantista de Estado de Direito, assim como definido por Luigi Ferrajoli em seu livro *Derecho y Razón* (FERRAJOLI: 1995), procurando redefinir as concepções de Direitos Fundamentais e Democracia, bem como a função do jurista como crítico do Direito. Tratar-se-á da possibilidade de deslegitimação do poder através do Direito, bem como da efetivação dos Direitos Humanos constitucionalmente positivados através de práticas jurídicas tendentes à sua garantia, com fundamento no modelo garantista de Estado de Direito.

Esta mesma etapa será destinada à aplicação do referencial teórico garantista ao modelo brasileiro de Estado de Direito traçado na Constituição Federal de 1988. Primeiramente, far-se-á a necessária defesa da possibilidade da aplicação do modelo garantista de Estado de Direito ao Brasil, visto que a aplicação de um modelo à realidade não pode se dar de forma direta, ou seja, sem a devida discussão de suas premissas e dos alcances e limites desta aplicação. Posteriormente, far-se-á a aplicação propriamente dita do modelo garantista de Estado de Direito à realidade brasileira tentando, então, deslegitimar o poder político atual e traçar estratégias para a efetivação dos Direitos Fundamentais. Ainda nesta última etapa,

¹ É importante notar que o conceito de cidadão pressupõe o de pessoa como sujeito dos Direitos Humanos genérica e abstratamente considerados. Assim, o tratamento dispensado aos imigrantes na Europa, que por não serem considerados cidadãos sofrem as mais cruéis discriminações, é uma flagrante violação dos Direitos Humanos e, por sua vez, recoloca em pauta o problema da cidadania e da relação entre Direitos Humanos e fronteiras nacionais.

serão apontadas algumas idéias iniciais para a elaboração de uma teoria geral garantista dos Direitos Humanos como Direitos Fundamentais.

O método de abordagem predominantemente utilizado será o dedutivo, com um enfoque histórico-panorâmico do tema. Serão analisados o desenvolvimento da doutrina dos Direitos Humanos bem como suas influências na constituição do Estado Moderno. Fixados estes conceitos gerais, far-se-á a apresentação do modelo Garantista de Estado de Direito, tentando aplicá-lo, posteriormente, ao caso brasileiro. Como método de procedimento, o trabalho será conduzido através, basicamente, de levantamento bibliográfico, procurando criar um modelo genérico de atuação para os operadores jurídicos na tentativa de efetivação dos Direitos Fundamentais.

O primeiro capítulo é reservado à apreciação dos Direitos Humanos como fenômeno tipicamente moderno e responsável pela evolução do Estado e do Direito. Principalmente, contrastando as concepções de homem e Direito modernas, com as antigas e medievais, o discurso dos Direitos Humanos será apresentado não como uma continuidade na evolução do discurso jurídico-político-filosófico, mas como uma ruptura que marca o início da modernidade, em que a forma de organização política passa a desvincular-se de seu conteúdo.

No segundo capítulo será analisado o advento do Estado Moderno como reflexo da luta por direitos e a conseqüente atribuição de fins ao aparato político-jurídico-burocrático que se convencionou chamar de Estado. Ocorre isto mediante a introdução da noção de Direitos Fundamentais que nasce da positivação dos Direitos Humanos os quais o Estado nasce para garantir. São criados assim vínculos e limites à atuação estatal, apontando na direção da existência de uma realidade subjacente ao Estado à qual ele existe para servir.

No capítulo terceiro será discutido o Estado Moderno como produtor exclusivo da legalidade, à partir da positivação do Direito e da evolução do papel dos juizes. Será vista também a incorporação do conteúdo da doutrina dos Direitos Humanos pelas legislações dando início ao movimento de constitucionalização nos Estados Modernos, transformando os Direitos Humanos, genericamente considerados em direitos subjetivos públicos constitucionalmente garantidos.

O capítulo quarto é reservado integralmente à exposição sucinta das principais características da escola do Direito positivo, principalmente, os dogmas que serão contestados pela Teoria Garantista. Note-se, contudo, que a Teoria Garantista é apresentada como herdeira do juspositivismo e, por isso, classificada de Positivista Crítica.

A introdução do modelo garantista de Estado de Direito far-se-á no capítulo quinto, procurando tratar, principalmente, das questões de metateoria e teoria do Direito, que correspondem ao garantismo em suas duas primeiras acepções. Será apresentada uma versão meramente instrumental e certamente panorâmica do modelo escolhido, para, no sexto e último capítulo, como reflexo das opções filosófico-políticas assumidas, delinear, em linhas gerais, uma Teoria Garantista dos Direitos Fundamentais e da Democracia, ressaltando, sobretudo, a existência de uma relação de complementaridade entre a aquisição e gozo dos Direitos Fundamentais e o exercício da cidadania.

À guisa de considerações finais será analisado o modelo de Estado de Direito delineado na Constituição Federal do Brasil como fundamento para aplicar-lhe o modelo garantista de Estado de Direito. Também serão apresentados e discutidos os Direitos erigidos à categoria de “Fundamentais” pelo legislador constituinte brasileiro em 1988, procurando, por um lado, analisar o grau de legitimidade no exercício do poder no Brasil, por outro, traçar estratégias para a efetivação dos Direitos Fundamentais.

PRIMEIRA PARTE: ABORDAGEM HISTÓRICO-FILOSÓFICA DO NASCIMENTO DA DOCTRINA DOS DIREITOS HUMANOS

1 - A ESCOLA DO DIREITO NATURAL E O PROBLEMA DOS DIREITOS HUMANOS

1. 1 - O homem antigo e o jusnaturalismo clássico

A doutrina do Direito Natural constitui-se na mais importante corrente idealista na tradição do pensamento jurídico-filosófico ocidental. Ela compreende um enorme espectro de matizes e tendências, desenvolvidas por mais de dois mil anos, que representam diferentes concepções quanto ao fundamento, conteúdo e características desse Direito. A sua idéia comum é a de que existe, antes e acima do Direito Positivo, um conjunto de normas capazes de conferir uma dimensão valorativa, definindo as noções de justo e injusto, válidas por si mesmas e fundadas na natureza.

Tem início na Grécia clássica, se estende a Roma e penetra na escolástica da Idade Média. Foi reformulada nos séculos XVII e XVIII, sob a forma de um Direito Natural profano, exercendo enorme influência sobre a Ilustração e os teóricos da Revolução Francesa.

Na concepção clássica o Homem fazia parte de um todo único, o cosmos. Nele realizaria sua sociabilidade, criando para isso o mundo da cultura, seu lugar *natural* no universo. O Homem não tinha valor senão decorrente da sua condição social, reflexo de sua condição natural. Justificou-se, assim, a existência de diversas classes de homens (inclusive de escravos). O cultural era explicado através da natureza, através da percepção do cosmos como organismo vivo em que tudo e todos tinham sua função preestabelecida. Trata-se, portanto, de um modelo em que o indivíduo assume um papel secundário face à sociedade. O modelo de Direito experimentado na *polis* grega é jusnaturalista, pois nele a noção de natureza assume um papel central. Era ela o princípio de onde o todo deriva, bem como a regra que o rege. Desta noção de natureza surge a justificação de toda a construção político-jurídica clássica.

A concepção grega de Direito Natural toma como ponto de partida a noção de que tanto a natureza física como a natureza social eram reguladas por leis simples, eternas, imutáveis (Physis e Nomos, respectivamente). Sua origem material poderia ser, portanto, derivada de fenômenos naturais, que eram aprendidos através de uma razão ordenadora, sua dimensão moral. Bobbio chama este modelo de Aristotélico, referindo-se ao pensador que através de sua filosofia política condensou o pensamento jurídico que o antecedeu. É em Aristóteles que o modelo jusnaturalista clássico assume seus contornos mais nítidos, sua forma mais bem acabada.

Quanto à origem, o modelo aristotélico filia-se a uma concepção histórico-sociológica da associação política original que cria a comunidade e, portanto, o Direito. Para Aristóteles, é a partir da família que começa todo o processo de sociabilidade do indivíduo. A família é o ponto de partida concreto que se constitui na sociedade natural originária. É ela que recepciona o indivíduo ao entrar no mundo e, portanto, é a base fundacional da comunidade donde derivam as demais associações.

O modelo aristotélico apresenta uma relação de continuidade entre a sociedade natural originária - família - e a outra extremidade da evolução, a sociedade política. Entre o primeiro e o último nível da evolução podem se dar, como de fato é constatado, diversos outros níveis de associações que entram “naturalmente” na cadeia evolutiva. O modelo aristotélico constitui-se, assim, num modelo aberto - não dicotômico - de associação política para a qual confluem as demais associações.

A transição entre as formas de associação é lenta e gradual. A concepção de que o homem já nasce em sociedade - em oposição a um modelo atomista - faz da passagem entre uma fase e outra uma mudança meramente quantitativa e necessária. A Polis - cidade-estado -, por natureza, é o complemento necessário do homem e surge a partir de causas naturais e condições objetivas, a saber: ampliação do território, aumento da população, necessidade de defesa, escassez, divisão do trabalho, entre outras.

A associação política, assim entendida, faz-se tão natural quanto a família. Desta forma, o problema da legitimação não assume contornos de relevância já que o princípio da natureza social do homem e da naturalidade das suas associações - homem como ser social -

tornam o modelo imune a avaliações feitas *a posteriori* como é o caso do juízo de legitimidade.

Quanto à questão dos Direitos Humanos, é fácil perceber que por tratar-se de um modelo holista, em que a sociedade assume um valor superior ao de indivíduo, a pessoa não possuía status de sujeito, muito menos direitos inerentes a ela simplesmente por existir como ser humano.

1. 2 - O homem medieval e o jusnaturalismo cristão

O problema dos direitos do homem remonta ao advento do cristianismo, quando este supera as idéias clássicas de homem e sua relação com a natureza e com o Direito. É isso refletido pela filosofia de Santo Agostinho, quando prescreve que o Poder deve se orientar para a consecução dos objetivos cristãos. O Direito a ser aplicado na cidade dos homens deve ser a revelação do direito divino. Agostinho, dessa forma, é o primeiro a reconhecer o direito à insurreição em nome da liberdade de consciência, quando o Poder se desviar daqueles objetivos. Apesar de ainda não termos uma concepção de direitos humanos, temos uma concepção humanitária de direito, tributária das escrituras, que deve ser entendida como primeiro passo no desenvolvimento da doutrina daqueles.

A sociedade medieval, contudo, em seus aspectos principais, pode ser considerada uma sociedade de caráter holista. Com efeito, ainda continua a existir um princípio, que se encontra fora do indivíduo, de onde surge o todo, que o ordena e o anima. A natureza, contudo, passa para o segundo plano, pois criada pelas mesmas mãos que criou o homem; as mãos de Deus. É, de fato, no *criador* que se busca o sentido da vida.

Durante os séculos cristãos, a prerrogativa divina do mundo refluía para o Deus *criador*, em oposição à antigüidade onde a natureza tinha o seu próprio princípio de organização (Demiurgo), traduzindo a totalidade divina do *cosmos*. A interpretação cristã, por sua vez, pressupõe uma fonte transcendente de significação para a ordem e o sentido das coisas. O homem acaba tendo que redefinir seu lugar na natureza que deixava de ser descoberta para ser revelada, em outras palavras, a cultura deixa de ser prioridade pois na

visão cristã a relação primeira do homem não é com a natureza e sim com Deus. Onde existia a natureza como horizonte de sentidos (Cosmocentrismo), agora existe Deus (Teocentrismo).

A mudança operada é profunda e radical. O Homem passa a ter um valor intrínseco a ele, diferente da concepção clássica. A criatura humana é privilegiada pois foi criada à imagem e semelhança de Deus, sem exceção nem distinção. É lançada, dessa forma, a semente do individualismo que viria a caracterizar a cultura ocidental moderna e responsável pela revolução cultural que deu origem à doutrina dos Direitos Humanos.

Segundo Dumont (DUMONT: 1985, p. 35), o individualismo presente na cultura ocidental moderna percorreu uma longa jornada, que tem início, justamente, nos séculos cristãos². Dumont divide esta evolução em dois momentos distintos. O primeiro marca a aceitação de forma generalizada na sociedade de uma espécie particular de individualismo. O segundo consiste na lenta transformação do individualismo medieval naquele que conhecemos hoje. A diferença entre ambos está, precisamente, no conceito de indivíduo numa e noutra concepção.

O significativo indivíduo pode ser considerado de duas formas distintas:

“(1) o sujeito *empírico* da palavra, do pensamento, da vontade, amostra indivisível da espécie humana, tal como o observador encontra em todas as sociedades;

(2) o ser *moral*, independente, autônomo e, assim (essencialmente), não social, tal como se encontra, sobretudo, em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade” (DUMONT: 1985, p. 75).

O individualismo trabalha com a idéia de indivíduo como valor, portanto, no segundo sentido apresentado. O indivíduo como valor apresenta, também, ao menos duas

² Pode-se encontrar, segundo o próprio autor, origens ainda mais remotas do individualismo que remontam ao estoicismo e também ao chamado distanciamento filosófico comum entre os filósofos gregos. Contudo, ainda segundo Dumont, este tipo especial de individualismo não logrou as dimensões que veio a encontrar no cristianismo.

acepções distintas. Uma marca o individualismo do tipo cristão. A outra o individualismo moderno.

Durante a idade média foi introduzido o conceito de libertação, ou seja, a superação do mundo sensível daquilo que era considerado pecado. O caminho da libertação, através da religião, conduz o homem correto para fora do mundo. E é um caminho que deve ser percorrido pelo indivíduo sozinho até o seu Deus, que o espera de braços abertos.

Este abandono espontâneo do mundo sensível torna o homem, nas palavras de Dumont um “indivíduo-fora-do-mundo”. Cria-se, portanto um abismo entre este homem liberto e os demais homens do mundo que compõem a sociedade. Esta é a noção de indivíduo que irá marcar todo o período de individualismo escolástico e que será fundamental para assentar as bases da sociedade moderna.

A religião opera a relativização da vida no mundo. A vida passa a ser subordinada aos valores absolutos que já não são mais encontrados na natureza (ou seja, no mundo sensível) mas em Deus. Pode-se explicar o homem medieval como um “indivíduo-em-relação-com-Deus” e, portanto, “fora-do-mundo” (DUMONT: 1985, p. 39). Dessa forma, concentram-se no indivíduo uma preocupação exclusiva com a religião e uma desvalorização do mundo e da natureza³.

Este estado de espírito marca profundamente a doutrina jurídico-política de Santo Agostinho. Ele opera a separação completa entre a Cidade de Deus, regida por leis divinas, perfeitas e imutáveis, que só poderiam ser conhecidas através da revelação e a Cidade dos Homens, sujeita a todos os tipos de desvios. Ao homem que quisesse ascender à Cidade de Deus bastava uma condição necessária e suficiente: a fé na fraternidade do amor em Cristo e da igualdade entre os homens daí decorrente. Provoca-se, dessa forma, a constituição do indivíduo como ser moral.

³ A progressiva desvalorização da natureza encontra o seu auge em Descartes, no seu programa de dominação. O arauto do industrialismo moderno considera a natureza mera *res extensa* o que explica e legitima o tratamento dispensado a ela nos séculos que se seguiram. É curioso lembrar que para ele os animais não possuíam sentimentos sendo incapazes de sofrer e eram dissecados vivos. Os ruídos emanados por eles eram tidos como ruídos de máquinas ao trabalharem.

O período escolástico do Direito, compreende toda a Idade Média. Sua variação da Doutrina do Jusnaturalismo consistia em identificar ainda antes do chamado Direito Natural, um Direito Divino, presente em todas as coisas e que deve ordenar o mundo sensível. Esse, por sua vez, emanava do Criador e deveria ser revelado pela sua representante oficial na terra, a Igreja Católica.

Contudo, a pretensão universalista da Igreja de alcançar o poder secular somada à necessidade de legitimação desse poder - que aparece agora com mais força, dada a retirada do princípio legitimador da própria natureza das coisas para atribuí-lo a Deus -, provocam a adoção pela doutrina cristã do postulado da existência de uma Lei da Natureza, como instrumento racional de ajuste entre as éticas cristã e os valores do mundo sensível.

Nasce assim a doutrina jusnaturalista de São Tomás de Aquino, como a fusão entre a revelação cristã (presente nos escritos de Santo Agostinho) e a filosofia aristotélica. De Agostinho, absorve a sistematização das relações entre a cidade dos homens e a de Deus, aquela formada pelos homens que querem viver pelo espírito que deve servir de modelo para a cidade dos homens. De Aristóteles resgata a idéia de falibilidade do legislador que se traduz na imperfeição do Direito Positivo. Recupera, assim, a idéia da equidade. Abre caminho, portanto, para a contestação do Direito quando este se afastar dos caminhos traçados por Deus.

Funda-se o modelo de São Tomás numa rígida separação entre as duas condições assumidas pelo homem no mundo. Frente à religião o homem é um todo vivo, um indivíduo privado em relação direta com o seu criador e modelo. Face às instituições o homem é um membro da comunidade, uma parte integrante do todo social. A ligação entre ambas dá-se através de uma Lei Natural produzida à imagem e semelhança das leis divinas e que serviria de base para a confecção do Direito mundano. Dessa forma, a comunidade terrena é legitimada com apoio no jusnaturalismo aristotélico, passando a natureza a possuir um valor de princípio, ainda que secundário.

É criada, então a *Universitas*, instituição racional que absorve a doutrina cristã, e rege e legitima a associação política. A evolução dar-se-á no sentido de enfraquecimento da *Universitas* e a sua transformação em *Societas* - associação pura e simples com o advento do

jusnaturalismo moderno. A associação social e política passará a ser explicada por si mesma, sem o recurso a um princípio fora dos indivíduos.

1.3 - O fundamento contratual do Estado e o jusnaturalismo moderno

A evolução do conceito de indivíduo como valor, de “homem-fora-do-mundo” para “homem-no-mundo” é o que vai marcar a passagem da *Universitas* para a *Societas*, formada a partir de sua própria vontade. Esta evolução dá-se, precisamente, a partir do questionamento do poder temporal da Igreja Católica pelo Renascimento e pela Reforma e com a progressiva perda de privilégio do credo cristão em relação aos demais valores sociais, processo que pode ser considerado suficientemente avançado em meados do século XVII, onde o problema da cultura volta a ter preponderância, ao menos nos meios acadêmicos.

É no Renascimento, contudo, que vai-se reivindicar direitos agora não mais com fundamento na teologia, mas no reconhecimento de uma nova doutrina explicativa da relação entre pessoa e poder. A doutrina do Direito Natural Moderno, filha da reforma, opera a laicização da política, orientando nesse sentido, toda a teoria do contrato político e do contrato social. É representativo, aliás, que nenhum grande teórico da doutrina dos direitos naturais fosse católico.

A teoria moderna de Direito Natural opera a sua laicização. É paulatinamente afastado do estatuto jurídico por Grotius e, posteriormente por Pufendorf, o conteúdo teológico que passou a dominá-lo com a era cristã. Sem abandonar o pressuposto de um Direito concebido a priori, reclamam para a consciência do próprio homem o primado da inteligência desse Direito. É a razão voltada a si mesma, num processo de intuição, descobrindo os princípios universais e atemporais que dão o conteúdo primeiro do Direito Positivo.

Segundo Celso Lafer (LAFER: 1988, p. 55), a dissolução da unidade espiritual do que ele chama de *Respublica Christiana Medieva*, é marcada entre outros, por processos históricos que caracterizam o nascimento do Estado Moderno: secularização, sistematização e historicização.

O primeiro deles, a secularização, está ligada à dissolução entre Estado/Direito e a Teologia, principalmente a partir da afirmação da doutrina da soberania e da reforma protestante. Com efeito, Maquiavel, vai explicar de modo a não deixar mais dúvidas que a

origem do poder do Estado não são as prerrogativas divinas do soberano. A política como propriedade natural do homem ou como ordem imposta ao mundo sensível é substituída pela política como atividade constitutiva da existência coletiva. A unidade política repousa no ato legislativo que institui o Estado, definindo o que é justo e o que é injusto e o pleno exercício de poder.

A sistematização decorre principalmente da aplicação do método lógico-demonstrativo desenvolvido pelas ciências físicas e biológicas (Bacon) mas estendido às ciências sociais, inclusive ao Direito (processo que acaba por gerar sua positivação). O terceiro e último processo diz respeito à historicização do conhecimento, pois, o homem moderno a partir de Descartes percebe-se como sujeito.

Com o *cogito ergo sum* cartesiano inaugura-se um novo modelo de pensar. Marca-se, destarte, a passagem para a modernidade. Opera-se, dessa forma, o que Weber vai posteriormente chamar de “desencantamento do mundo”, em que o incognoscível torna-se o empiricamente incognoscível. O homem passa, assim, a ter que atribuir o sentido de suas ações, que deixam de apresentar um sentido último.

O mundo moderno, culturalmente, passa a ser formado de vários espaços, científico, econômico, social, cada qual com sua própria estrutura de organização. Exemplos desta cisão são o Direito, que é separado da moral (cristã) e positivado pela influência do processo de sistematização dos conhecimentos, e o Estado Moderno que redefine seu fundamento e seus fins, agora legitimado pelo direito positivo e não por um poder divino, sobrenatural.

A) O leviatã de Hobbes

Uma das obras mais representativas deste estado de espírito é, sem dúvida, a de Hobbes. É nos seus escritos que todo esse movimento de ruptura, que alcança pela primeira vez uma forma bem acabada de um novo modelo para pensar-se o Estado e o Direito. Tem-se em Hobbes um verdadeiro divisor de águas no Estudo dos problemas do Estado que condensa e sistematiza o pensamento de diversos autores que prepararam o terreno para suas

investigações. Dessa forma, seu modelo de Estado e Direito irá influenciar toda a produção jurídico-política subsequente.

Sua obra apresenta a ruptura total com a religião e com a filosofia tradicional, que considerava o homem um animal sócio-político imerso na sociedade. Desse modo, enriquece e sistematiza as investigações de Maquiavel. Por outro lado, apesar de fundar a associação sócio-política no contrato entre indivíduos livres, trabalha sobre uma concepção mecanicista de homem, impossibilitado de viver racionalmente num estado de natureza, pré-social, pré-político e amoral, o que conduzirá à necessidade da soberania e da sujeição. É com o advento da sociedade política que se pode realizar o estado de latência da razão.

A influência da escola racionalista é por demais evidente no modelo hobbesiano. Parte Hobbes de uma hipótese filosófica de um estado de natureza ideal contrapondo-se à idéia difundida até então de uma posição originária concreta, comum à perspectiva aristotélica de caráter histórico-sociológico. O estado natural constitui-se, ao menos à primeira vista, como hipótese de trabalho que guia toda a argumentação hobbesiana em favor da pressuposição de um contrato originário como instituidor do estado civil.

Quanto à sua natureza, o estado civil é visto como a antítese do estado de natureza e não como seu complemento ou evolução natural. Os dois elementos fundamentais da concepção hobbesiana - estado civil e de natureza - formam entre si uma dicotomia, uma relação de contraposição em que o estado natural aparece como estado não político e o estado político como estado não natural.

Como antítese do estado natural, o estado civil surge para eliminar-lhe os defeitos, sobretudo o da insegurança, que como característica primordial do estado natural, impede o desenvolvimento da liberdade - tida como o conjunto de potencialidades do Homem - em toda a sua plenitude. Neste mesmo compasso, cumpre destacar o ressurgimento do estado natural quando o aparato político-burocrático do estado civil deixa de cumprir a finalidade para a qual foi instituído. É interessante notar, ainda, que além de pressuposto lógico, o estado natural

pode ser identificado com o estado de guerra civil, em que o soberano perde a capacidade de garantir a vida do cidadão⁴.

Na base da constituição da estrutura do Estado está a concepção individualista e atomizante do Homem. Vê-se, portanto, o triunfo do individualismo, que servirá de fundamento para a doutrina dos Direitos Humanos. Assim, o estado natural é tido como constituído por indivíduos singulares e isolados que atuam simplesmente de acordo com seus desejos e o estado civil como a reunião destes indivíduos dispersos numa associação de caráter perpétuo, exclusivo e racional.

O modelo hobbesiano já aponta rumo à estatalidade do Direito. O contrato, engendra um poder soberano ilimitado surgido da alienação e transferência dos Direitos Naturais para um terceiro, o soberano. Dessa forma, o Estado torna-se o produtor exclusivo da legalidade. Verifica-se isto ao analisar-se o tipo de contrato realizado, bem como as cláusulas dele presentes.

Para sair do estado de guerra a solução apresentada por Hobbes, mediante a realização do contrato, está no despojamento de todos os “poderes” individuais que caracterizavam o indivíduo no estado de natureza em favor de um soberano livre - que poderia ser um único homem ou uma assembleia, titular da soberania. Em última análise, a capacidade humana individual de autoreger-se é transferida ao soberano que só assume o compromisso de não dispor arbitrariamente da vida de seus súditos. A cessão pelos indivíduos da sua autonomia a um terceiro implica, assim, uma reconstrução dos padrões morais que informam o Direito, bem como da racionalidade que o conforma.

O contrato, assim entendido, é visto como o fundamento do poder da associação política. O estado civil é para Hobbes, portanto, um Estado artificial, produto da cultura, que tem por princípio e regra um contrato racional que visa a garantir a vida dos contratantes. Recoloca-se, desta forma, o problema da legitimidade que, agora, não mais pode ser deduzida da Natureza, tampouco do *Criador*. Assim, o estado civil, única associação que permite a vida

⁴ Uma análise interessante sobre o conceito de vida em Hobbes mas que foge, contudo, ao objeto de estudo da presente monografia, pode ser encontrado em Renato Janine Ribeiro. “Ao leitor sem medo”, em que Hobbes aparece como o precursor do Estado de Bem Estar Social (RIBEIRO: 1994, *passim*).

conforme a razão, precisa de um princípio legitimador. Como fundamento da associação, o contrato requer a manifestação da vontade dos contratantes. Portanto, diferentemente das concepções da sociedade como algo natural em que o homem entra independentemente da manifestação de sua vontade, o princípio de legitimação da associação política é o consenso. A transformação do estado de natureza em estado civil é entendida por Hobbes, portanto, como qualitativa e não somente quantitativa, como o era em Aristóteles.

Apesar das suas especulações partirem do indivíduo, primeiro no estado de natureza e depois no estado civil, não se pode considerar o modelo hobbesiano como individualista. A própria natureza do pacto sujeita o indivíduo ao terceiro soberano em favor do qual alienam-se os direitos possuídos no estado de natureza. Assim o modelo jusnaturalista de Hobbes acaba por negar a existência de Direitos superiores ao Estado, à exceção da vida. Sua contribuição para a doutrina dos Direitos Humanos está em conferir uma personalidade única ao Estado e atribuir-lhe uma função que lhe é logicamente superior e historicamente anterior, a proteção da vida. Não é esta, contudo, a visão de Locke.

B) Locke e o Estado-Juiz

Talvez seja em Locke que as implicações do individualismo tornem-se mais evidentes. Segundo Bobbio, pode-se afirmar que nele encontra-se a “primeira e mais completa formulação do estado liberal” (BOBBIO: 1984, p. 37). A liberdade e a propriedade, que formam o binômio do liberalismo, são considerados Direitos básicos presentes no Estado de Natureza que devem ser resguardados pelo Estado.

Com efeito, como em Hobbes, a hipótese lockeana de estado de natureza insiste na incapacidade da criação e desenvolvimento de uma moral que permita o florescimento completo da razão em estado de latência. Estando submetido à insegurança e sem padrões morais universais aos quais pudesse apelar com êxito para a resolução de conflitos, está sujeito às paixões e violência. Assim, cada homem, no estado de natureza, tende a agir como um juiz em causa própria transformando o estado de natureza, potencialmente racional e livre em estado de guerra de todos contra todos e consiste no único motivo racional para que os

homens consintam em abandonar este estado de natureza, onde vige a lei do mais forte, e adentrar ao estado civil.

Dessa forma, surge o estado civil cujo objetivo é resguardar os Direitos Naturais. Contudo, Locke resolve diferentemente de Hobbes a passagem ao estado civil. Se em Hobbes a alienação dos Direitos era quase completa em favor de um terceiro, o soberano livre, que possuía apenas o compromisso de resguardar a vida dos seus súditos, em Locke o pacto consistia na alienação de apenas um dos Direitos presentes no estado de natureza: o de fazer justiça com as próprias mãos. O Estado surge, assim, para garantir e proteger todos os Direitos Naturais mediante a construção e atuação do Direito, ou seja, mediante a jurisdição.

Faz-se necessário, contudo, examinar as razões que levam Locke a incluir o direito de propriedade no rol dos Direitos Naturais. Segundo ele, a propriedade, é anterior à constituição do Estado pois surgido do trabalho. Assim, é a produção pelo trabalho que gera a propriedade. É justamente da impossibilidade do livre e seguro desenvolvimento das forças produtivas no estado de natureza que surge a necessidade da criação do Estado-Juiz que garanta as liberdades. O fim do Estado para Locke é, portanto, permitir que os indivíduos livres possam conservar seus Direitos Naturais para assim poderem produzir riquezas.

O Estado nasce assim limitado pelos Direitos Naturais. O princípio de legitimação deste Estado encontra-se, portanto, no Direito. Dessa forma a função legislativa sobrepõe-se às demais como sendo a mais importante para a estabilidade do Estado necessária para a garantia dos Direitos Naturais.

A concepção lockeana é a primeira a levar a questão da existência de Direitos inerentes ao homem somente por existir - e por isso mesmo anteriores ao Estado - às últimas conseqüências. Apesar de se basear nos valores burgueses ao incluir a propriedade no rol dos Direitos Naturais - para poder justificar a desigualdade na distribuição das riquezas necessária à afirmação do liberalismo em matéria econômica - reclama do Estado a sua garantia e proteção incondicional, postulando, inclusive um Direito de Resistência quando o Estado afastar-se desses objetivos.

É importante ressaltar que a idéia de Direitos Naturais inerentes ao homem é a mesma que vai animar a constituição das Declarações de Direitos Humanos. Assim, mesmo em Hobbes, o Direito à vida aparece como inalienável e impassível de ser arbitrariamente retirado do indivíduo pois lhe é inerente. Apesar do aumento do rol de Direitos operado por Locke e, portanto, de ter limitado sensivelmente os poderes do Estado, a idéia mesma dos Direitos Humanos é fruto destas concepções jusnaturalistas nascidas da busca da limitação do poder absoluto do Estado.

C) Rousseau e a vontade geral

Dentre os pensadores do jusnaturalismo moderno, fundado no paradigma dos Direitos Humanos, aquele que mais se dedicou ao problema da democracia foi sem dúvida Rousseau. Não é tarefa fácil analisar seu pensamento. No Contrato Social ele analisa as possibilidades de recuperação da Democracia dos antigos adaptando-a à nova sociedade emergente, fundada no individualismo, fato desconhecido dos gregos. Ele pretende fazer uma síntese entre o indivíduo e sociedade, radicalizando de um lado a liberdade e de outro a Democracia.

Na verdade a equação até Rousseau apresentava a alternativa entre “liberdade sem paz ou paz sem liberdade” (BOBBIO: 1984, p. 45). Hobbes faz claramente a segunda opção, o Estado absoluto, ou seja, a servidão é preferível à insegurança. Para Hobbes, a passagem do estado de natureza para o estado civil implicava a supressão daqueles Direitos Naturais, pois no estado civil o Direito é produto do Estado. A renúncia dos Direitos é ínsita à transformação do estado de guerra no estado civil e, portanto, no contrato, essa renúncia deve ser feita em favor de um soberano capaz de garantir a segurança. Enquanto Locke origina o Estado Liberal, Hobbes leva ao Estado absoluto.

Rousseau tem presente os perigos de um individualismo proprietário nos moldes lockeanos, por isso, liga-se à Hobbes na formulação de seu contrato. Com efeito, Rousseau não aceitava a solução de compromisso entre o estado natural e o estado civil apresentada por Locke, que não implicava a eliminação total do Estado Natural, mas apenas a garantia dos

Direitos Naturais. Para Rousseau as opções eram claras e não admitiam o meio termo de arrastar para o Estado civil os direitos comuns ao estado de natureza.

Contudo, apesar de distanciar-se de Locke para ligar-se a Hobbes, Rousseau não admite as alternativas colocadas por aquele: “anarquia no estado natural ou a servidão no Estado Civil” (BOBBIO: 1984, p. 13). Procura negar que o estado civil seja a negação da liberdade procurando conciliá-los sem utilizar-se do artifício lockeano de importar para o estado civil os Direitos Naturais. Tenta operar uma síntese entre Estado e liberdade.

Com efeito, para Rousseau, a liberdade no estado de natureza não consistia na verdadeira liberdade pois ameaçada constantemente pela guerra. A ausência de limites para a liberdade de cada um punha em risco e destruía mesmo a liberdade de todos. Assim, a liberdade conquistada ao entrar-se no estado civil é a única passível de ser exercida de forma plena e radical.

A passagem ao estado civil é também realizada, nos moldes de Hobbes, mediante um contrato de alienação completa dos Direitos Naturais. Contudo, a renúncia destes Direitos não implica como em Hobbes a sua transferência para um terceiro, o soberano. Na sua formulação, o contrato prevê a alienação dos Direitos de cada um em favor de todos, ou seja, “por cada indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade)” (BOBBIO: 1984, p. 46). A soberania que em Hobbes é atributo de um ente singular em favor do qual os Direitos foram transferidos, em Rousseau é um atributo da comunidade inteira.

A comunidade, por sua vez, deve manifestar-se como corpo político, democraticamente. O exercício da liberdade plena dá-se, portanto, através da Democracia (direta, de inspiração clássica, única forma de colher a vontade geral), mediante o voto dos contraentes, cuja maioria representa a vontade geral da comunidade. A liberdade para Rousseau é assim entendida não apenas como a ausência de impedimentos para realizar o que se quer (conceito negativo) mas e, sobretudo, como a obediência à lei que nos prescrevemos.

Assim, com a constituição do estado civil, “cada um oferecendo-se a todos não se oferece a ninguém, e porque não existe membro algum sobre o qual não seja adquirido o

mesmo direito que lhe é concedido acima de nós, ganha-se o equivalente de tudo aquilo que se perde, e mais a força para conservar o que se tem” (ROUSSEAU: 1985, p. 97).

A idéia de vontade geral soberana, ilimitada e infalível, representada pela vontade da maioria, que consiste no próprio limite da Democracia proposta por Rousseau, deu origem a interpretações totalitárias de seu modelo democrático radical e culminou na fase do Terror instaurada após a Revolução Francesa.

1. 4 - As condições pré-contratuais

A partir da afirmação do individualismo como ideologia dominante que considera o indivíduo anterior e superior ao todo, o homem, no estado natural, passa a ser entendido como um ser autônomo, independente de todo e qualquer vínculo social ou político. A soberania do sujeito, é a característica que marca o início da modernidade. O homem passa a ver-se como construtor do conhecimento e, mais importante, de sua história. Dá-se uma revolução na relação do homem com o tempo que passa a ser representado como uma cadeia de atualidades desmitificando a história. É na modernidade que se atinge a consciência histórica e historiadora.

As modernas filosofias idealistas, baseadas neste princípio, percebem o mundo através de uma subjetividade absoluta, a partir de um ponto privilegiado e único, o sujeito. Já na antigüidade clássica percebe-se a preocupação com o homem. O “conhece-te a ti mesmo” de Sócrates denota tal preocupação. Contudo, a filosofia do sujeito, assim entendida, é tipicamente moderna.

Entende-se por mundo externo o que não é sujeito, que passa a ser o centro da reflexão e, entre as coisas do mundo externo, situa-se a natureza. Retira-se da natureza o princípio de sua sacralidade, passando-se a considerá-la mera *res extensa*, construção do homem. Cria-se uma nova postura elementar de pensamento, um novo modelo filosófico: a oposição sujeito/objeto, fundante da ciência moderna.

Enquanto na Antigüidade Clássica buscava-se a sabedoria, com o advento da modernidade busca-se a certeza. A ciência substitui a vida como objeto da filosofia. Na busca

da certeza, era necessário uma reflexão sobre as próprias possibilidades do conhecimento. Nasce, assim, a epistemologia, que assume um caráter legitimador da ciência moderna.

Inaugura-se, desse modo, o Antropocentrismo onde o homem e não Natureza/Deus é visto como doador de sentido para tudo. Kant denomina esta inversão de “revolução copernicana”, que é por ele explicitada no seu postulado da razão prática, ao afirmar a não existência de coisa no mundo externo que não possa ser objeto do arbítrio do sujeito.

Os princípios fundamentais da constituição do estado civil devem ser encontrados, portanto, no próprio Homem. Na abordagem contratualista, o Homem é um “indivíduo-no-mundo” (DUMONT: 1985, p. 75) e a sua relação primordial é com os demais indivíduos. Assim, na realização do contrato, propriamente dito, é necessário postular algumas características e Direitos inerentes ao Homem que deveriam ser transpostos do estado de natureza para o estado civil.

Coube a Kant explicitar estas características já intuitas, contudo, pelos contratualistas que o precederam. Se no modelo aristotélico a passagem do estado natural para o estado civil ocorria “naturalmente” e a sociedade era encontrada no princípio da associação, no modelo contratualista a situação se inverte e a sociedade dá lugar ao indivíduo como princípio. Além disso, como a mudança operada pelo contrato, em que a vontade assume um papel primordial, era necessário explicitar quais as condições necessárias à atuação desta vontade inerente ao ser humano.

Kant dedica o seu livro Fundamentos da Metafísica dos Costumes à esta tarefa de explicitar as condições do surgimento da moralidade. Começa a sua exposição afirmando a impossibilidade de buscar as causas do agir moral pois a única natureza possível do agir moral é a indeterminação. A determinação é a característica essencial das ciências físicas e biológicas, nas quais sempre é possível identificar as causas eficientes dos fenômenos naturais. Quanto ao surgimento do agir moral, pode-se encontrar uma explicação racional, uma justificação. É esse, portanto, o objetivo de Kant, ou seja, o de encontrar uma justificação racional para o agir moral (KANT: 1995, *passim*).

Para Kant, o ser humano é habitante de dois reinos, o mundo sensível e o universo racional. Como habitante do mundo sensível, está sujeito à lei da causalidade. Com efeito o mundo sensível consiste no reino da necessidade, onde as causas são absolutamente necessárias e deduzidas de uma lei natural invariável e universal. Assim, as determinações do mundo físico transcendem a vontade do sujeito.

Partindo do postulado de que se se quer os fins quer-se obrigatoriamente os meios, as ciências da natureza ao descobrirem as causas dos fenômenos naturais permitem ao homem elaborar imperativos sobre determinadas situações hipotéticas. Dessa forma, por exemplo, se precisamos ferver determinada quantidade de água, nas CNTP, devemos aquecê-la a cem graus celsius.

Apesar de reconhecer no homem um lado natural ao qual está sujeito, pois também faz parte da natureza, para Kant, os seres humanos distinguem-se dos demais seres por serem racionais. A capacidade de raciocínio e, principalmente, de escolha colocam o homem em situação de superioridade em face do mundo sensível em que vive, bem como torna-o capaz de modificá-lo. Assim, se por um lado o homem possui um corpo sensível ao qual precisa alimentar por pura necessidade, por outro possui também a liberdade para atuar em sociedade de acordo com os ditames da razão.

A liberdade é para Kant o pressuposto necessário de toda a arquitetura do Estado Moderno. Porque o princípio legitimador do Estado é a vontade, equivalente racional da lei natural, a liberdade é o que pode garantir a legitimidade da escolha. Para além das necessidades que determinam o mundo sensível as nossas escolhas morais e políticas são livres. A liberdade é, assim, a característica distintiva e definidora do ser humano, que aponta a necessidade do Direito.

Para além da liberdade negativa, como ausência de obstáculos à plena realização da vontade, Kant reclama do homem a ativação de seu lado moral mediante o exercício desta sua liberdade. Aparece assim o conceito de liberdade como autonomia, já indicado por Rousseau. É justamente a capacidade do homem de se impor regras e segui-las que permite a convivência em sociedade. Caminhando na construção da moralidade, a liberdade aparece já não mais como um pressuposto mas como um dever, que a fundamenta. Está-se, assim, diante do

conceito positivo de liberdade, ou seja, o respeito à lei moral, ampliando o sentido de humanidade.

Da constatação deste sentido de humanidade Kant postula a igualdade entre os homens, derivando então seu imperativo categórico que vai acrescentar à revolução em curso seu caráter de universalidade: “age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza” (KANT: 1995, p. 71). Neste sentido, a constituição do Estado Moderno é fruto do dever moral do exercício desta liberdade.

2 - A DOUTRINA MODERNA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 - O conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

É com o advento da modernidade que se pode entender o Homem tomado de um valor a ele imanente e do Direito como produção sua, idéias básicas para a construção da doutrina dos direitos humanos. Logo, a expressão “Direitos do Homem” ou “Direitos Humanos”, é tipicamente moderna e foi cunhada em 1789, logo após a Revolução Francesa, aparecendo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ela começa com os seguintes artigos:

“Art. 1º Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum.

Art. 2º A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Da análise destes dois artigos vê-se que a concepção mais influente para a constituição da Declaração dos Direitos Humanos foi a liberal-burguesa presente na obra de Locke. Assim, os Direitos Humanos nascem através da transposição para o plano jurídico da concepção política de Locke. Como será analisado, contudo, a noção da existência de Direitos inerentes ao ser humano acaba autonomizando-se desta concepção liberal-burguesa.

Pode-se, ainda, encontrar a tensão latente entre as exigências da igualdade e da liberdade, e destas com o princípio utilitário que impregna o nascimento do Estado Moderno.

A Declaração reflete o triunfo do individualismo. O Homem é tomado como valor em si; o Direito é seu produto e ele seu destinatário. É somente a partir dessas transformações que se pode pensar a questão dos Direitos Humanos. A crescente reivindicação de direitos que

culminou na Revolução Francesa e burguesa é o marco da conquista de Direitos Humanos pelas pessoas, ou seja, da limitação de um Poder que era antes absoluto.

A doutrina dos Direitos Humanos surge, então, como tentativa de limitação do Poder do Estado Absolutista, através de sua substituição pelo Estado Moderno e liberal, limitado. Pode-se dizer assim que o projeto dos Direitos Humanos é tributário do projeto de modernidade que por sua vez é vinculado ao projeto de desenvolvimento do capitalismo. Implica isso que o desenvolvimento da doutrina dos Direitos Humanos não foi autônomo e ahistórico mas é uma das promessas do projeto da modernidade.

A Revolução Francesa de 1789 foi o marco de consolidação da ideologia liberal que vinha se desenvolvendo nos séculos precedentes. Há uma reinvenção da *polis* que praticamente desapareceu no período da idade média e que ressurgiu em forma de burgos. Passam estes a existir em função das atividades comerciais e produtivas e foram os catalisadores das forças revolucionárias, dirigidas pela burguesia. Com a derrocada do Estado absolutista, o súdito volta a ser cidadão. Era necessário, por isso, o estabelecimento das garantias individuais e dos direitos políticos para limitar o poder do Estado que nascia.

A idéia de indivíduo, portanto, que determina a Declaração dos Direitos do Homem originada por aquela revolução é uma concepção burguesa, que toma o homem em abstrato. Tem a igualdade como uma premissa do contrato social que instituiu a sociedade e do contrato político que instituiu o Estado. Com esse pressuposto, visa a garantir as liberdades individuais ou fundamentais das pessoas como forma de limitação do poder e não uma prestação positiva do Estado frente à desigualdade de fato. Corresponde esta concepção aos chamados Direitos Humanos de primeira geração ou “direitos de resistência” (BOBBIO: 1992, p. 21). Visam a uma prestação negativa do Estado.

Tem esta concepção a finalidade de justificar a desigualdade entre proprietários e não proprietários que do Estado de Natureza é transposta para o Estado Civil ao garantir-se como Direito Humano, no mesmo nível da igualdade, a propriedade privada, não somente dos bens necessários à vida mas de tudo aquilo que pertence ao indivíduo, inclusive dos meios de produção. Assim, os ideais de igualdade e liberdade converteram-se em desigualdade de fato,

impedindo a realização da liberdade. Com efeito, os não proprietários possuíam o “Direito” de liberdade para vender sua força de trabalho e de gerar uma prole tão numerosa quanto faminta.

O individualismo, apesar de gerar a idéia de indivíduo como valor é apropriado pela burguesia e transformado num individualismo proprietário que acaba por negar a sua própria raiz. De fato, ao rapidamente separar os homens pelas suas posses o valor intrínseco do indivíduo, que no plano normativo afeta a todos os seres humanos, é transposto para a realidade de forma parcial, igualando desiguais, reproduzindo e agravando suas desigualdades e impedindo o exercício das liberdades. O individualismo proprietário transforma-se, assim, na antítese da idéia mesma de Direitos Humanos.

Cria-se, dessa forma, uma situação de exclusão causada pela exploração econômica dos não proprietários, legitimada pela concepção liberal-burguesa de Direitos Humanos, que priva os não proprietários do acesso aos bens necessários à sua sobrevivência, à liberdade e, portanto, à igualdade.

2. 2 - Os Direitos Humanos face ao individualismo proprietário

Da crítica a este modelo de Direitos Humanos que legitima a abstenção do Estado de atuar enquanto os indivíduos não proprietários são explorados, nasce uma nova concepção de Direitos Humanos. Ela é derivada da reinvenção dos meios de produção operada pela Revolução Industrial em que a exploração torna-se insuportável e a desigualdade social absurda, implicando a morte de dezenas de milhares de pessoas trabalhadoras ou desempregadas.

Essa nova concepção consiste numa reação à concepção liberal que toma o homem em abstrato e que reclamava do Estado sua ausência para não limitar as liberdades individuais, concepção esta que redundou na exploração dos não proprietários nas indústrias com condições de trabalho subumanas ferindo a própria noção de Direitos Humanos. Com efeito, a sociedade industrial estava muito longe dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade inspiradores da Revolução Francesa.

A concepção marxista propõe como sujeito dos Direitos Humanos o homem concreto (*oeconomicus*), situado na sociedade, não omitindo as desigualdades reais como fez a concepção liberal e sua premissa da igualdade. Explicita a impossibilidade de gozo dos Direitos de primeira geração pelos não proprietários. Têm por objeto os direitos sociais e econômicos chamados “direitos-exigência” (Cf. BOBBIO, 1992). Visam a uma prestação positiva do Estado na tentativa de promover a justiça social, melhorando assim as condições de vida dos proletários.

A crítica marxista tem o grande mérito de colocar em evidência a complementaridade dos Direitos, ou seja, a interdependência de ambos para o seu gozo. Insiste, contudo, no mesmo modelo industrial de desenvolvimento econômico e progresso social e na crítica apenas a um dos problemas centrais da impossibilidade do cumprimento das promessas da modernidade, ou seja, a efetividade dos Direitos Humanos.

Com efeito, a sociedade industrial, moldada a partir do modo de produção capitalista, ainda que bem equilibrada socialmente, com garantias sociais relativamente satisfatórias, resultou numa devastação da natureza sem precedentes. Ainda com a complexificação das relações sociais, também foram sendo introduzidos na discussão dos Direitos Humanos outros problemas sociais que impediam a sua efetividade, como todos os tipos de discriminação, o que culminou num movimento pela inclusão de novos direitos no rol dos Direitos Humanos.

Nasce assim a chamada terceira geração, ou terceiro estágio de evolução dos Direitos Humanos, correspondentes a modos de vida alternativos, que fogem à lógica da sociedade industrial, aos quais estão intimamente ligados os assim denominados “novos movimentos sociais”. Possuem conteúdos diversos, podendo ser ecológicos, pacifistas, anti-racistas, etc.

Se analisarmos essa evolução, contudo, vemos que ela corresponde aos períodos de desenvolvimento do capitalismo nos países centrais, estando a ele subordinada. De fato, as relações de produção capitalista engendram, segundo Boaventura de Sousa Santos, três formas específicas de desigualdade: “a desigualdade política, que se traduz no conceito de dominação;

a desigualdade sócio-econômica, que se traduz no conceito de exploração; e a desigualdade simbólico-cultural que se traduz no conceito de alienação...”(SOUSA SANTOS: 1989, p. 21).

O valor democrático dominante por detrás das lutas sociais pelos direitos humanos foi, no primeiro período, a liberdade, no segundo, a igualdade e no terceiro, a autonomia e a subjetividade” (SOUSA SANTOS: 1989, p. 19). De todo o modo foram conquistadas a liberdade, a igualdade e a emancipação possíveis dentro das relações sociais capitalistas. Pode-se afirmar, assim, que a lógica de acumulação desenfreada mediante a exploração do trabalho humano presente no âmago do capitalismo é antitética à própria noção de Direitos Humanos.

Neste sentido o modo de produção capitalista centrado no individualismo proprietário consiste num freio ao desenvolvimento das potencialidades de emancipação, representadas pela conquista de Direitos Humanos e desencadeadas pelo individualismo, entendido como a valorização do homem.

2. 3 - Os Direitos Humanos face ao Utilitarismo

O Utilitarismo, como doutrina filosófica e ética, pretende servir de parâmetro para organizar racionalmente, e inclusive cientificamente, uma sociedade marcada pela valorização suprema do indivíduo. Assim como os Direitos Humanos nascem dessa valorização do indivíduo como pessoa moral, tendo como função a limitação do poder, a ética utilitária pretende representar a assunção do ponto de vista individual e instrumental nesta limitação, apartando-se, contudo, da noção mesma da existência de Direitos anteriores à constituição do Estado. Com efeito, o maior representante do Utilitarismo, Jeremy Bentham, desenvolveu toda uma teoria do Direito de caráter positivista e liberal que nega a própria existência de Direitos Humanos.

Esta teoria pode ser dividida em duas partes pressupostamente independentes entre si. A primeira diz respeito à função que o Direito deve assumir na sociedade, referindo-se, assim, ao *dever ser* do Direito, ou seja, as concepções éticas que devem informar-lhe, possuindo um caráter de filosofia do Direito. A segunda que representa a teoria do Direito em si mesma e implica saber quais as condições necessárias e suficientes para que uma proposição

qualquer tenha caráter de uma proposição jurídica, ao que poderia ser chamado do *ser* do Direito (DWORKIN: 1989, p. 31). A primeira consiste na ética Utilitária propriamente dita que deve informar o Estado e o Direito. A segunda trata do modo como este Direito atua e consiste numa teoria juspositivista do Direito.

À Escola do Direito Positivo será dedicado o capítulo quarto desta monografia. Neste momento serão discutidas as implicações da ética utilitária considerada isoladamente para a construção de uma teoria jurídica centrada na noção de Direitos Humanos. Para isso, é necessário em primeiro lugar apresentar uma noção instrumental do Utilitarismo assim como apresentado por Bentham e numa de suas versões modernas para depois confrontá-la com a doutrina dos Direitos Humanos.

Bentham situa a sua teoria ética dentro de uma perspectiva científica do agir humano. Segundo ele existe uma determinação causal neste agir que consiste na busca do prazer e no afastamento da dor. Desta constatação deriva o princípio da utilidade: a busca da felicidade para o maior número possível de pessoas. O objetivo deste princípio transposto para o Estado é exatamente perseguir a felicidade do maior número mediante leis racionais.

O prazer coletivo é entendido como a soma dos prazeres individuais. É este o sentido de afirmar que o Utilitarismo possui o caráter de uma ética individualista. Contudo, pode-se caminhar no sentido inverso, pois este entendimento do coletivo acaba com a dualidade existente entre a moral individual e a moral coletiva. Assim, a comunidade é vista como um indivíduo gigantesco; portanto, acaba-se por negar as individualidades, de uma maneira muito semelhante à levada a cabo por Rousseau.

A maneira de agir do Estado deve, portanto, maximizar o prazer e minimizar a dor de seus cidadãos. Bentham propõe inclusive uma maneira de efetuar o cálculo utilitário como meio de aferição do bem estar da comunidade⁵. Este objetivo deve ser levado a cabo, contudo,

⁵“Para uma pessoa considerada *em si mesma*, o valor de um prazer ou de uma dor, considerado *em si mesmo*, será maior ou menor, segundo as quatro circunstâncias que seguem: (1) a sua *intensidade*, (2) a sua *duração*, (3) a sua *certeza* ou *incerteza*, (4) a sua *proximidade* no tempo ou a sua *longinquidade*...”. Quando, no entanto se se quiser calcular a tendência do ato para causar prazer ou dor, deve-se levar em conta ainda dois outros fatores, (5) a sua *fecundidade*, ou seja a probabilidade de desencadear mais sensações da mesma espécie e (6) a sua *pureza*, ou seja, a probabilidade inversa. Ainda, se se quiser efetuar o mesmo cálculo para uma pluralidade

considerando apenas os resultados efetivos da ação, caracterizando-se assim, esta ética como uma ética consequencialista.

A regra utilizada por Bentham para determinar a extensão do prazer ou da dor é a da maioria numérica onde todos tem o mesmo peso na hora de somar a quantidade de dor ou prazer experimentada por cada um. A análise é assim meramente quantitativa, onde cada interesse conta como um interesse válido da mesma maneira que os demais. Já numa versão moderna do Utilitarismo, Peter Singer propõe que sejam valoradas as pretensões de cada indivíduo, atribuindo pesos diferentes aos interesses em jogo promovendo então uma análise qualitativa das pretensões, hierarquizando os valores que afetam estas pretensões (SINGER: 1994, *passim*).

É neste sentido que o Utilitarismo pretende ser o fundamento do Direito positivo, constituindo-se na explicação racional para que os homens obedeçam às leis. Baseia assim a justificação do Direito num imperativo hipotético, ou seja, já que as leis são racionalmente produzidas de forma a aumentar o coeficiente líquido de felicidade, se quero ser mais feliz, devo obedecê-las. É interessante apenas citar que para o positivismo as normas possuem a natureza de um imperativo hipotético que se caracteriza segundo a forma “se A, deve ser B”.

O governo é visto, portanto, como responsável pela felicidade dos cidadãos e só justifica a obediência às suas leis, de uma maneira geral, quando proporciona à maioria o maior saldo de felicidade possível. Como o meio que o governo possui para atuar na sociedade é o Direito, as leis são consideradas para Bentham como o seu núcleo. A legitimidade delas é proporcional à sua utilidade como agentes promotores de felicidade e de diminuição da dor. Um governo não poderá exigir o respeito às suas leis se elas não forem úteis.

Desde um ponto de vista dos Direitos Humanos podem ser feitas algumas críticas que invalidam a ética utilitária na sua forma clássica⁶, primeiro como uma ética que leve realmente em consideração o indivíduo como valor em si mesmo; depois como sendo incompatível mesmo com o ideal de justiça em que se baseia a doutrina dos Direitos Humanos

de pessoas, deve-se agregar ainda (7) a sua *extensão*, ou seja, a quantidade de pessoas envolvidas na distribuição do prazer ou da dor (BENTHAM: 1981, p.16).

⁶Para um aprofundamento desta crítica ver o livro Uma Teoria da Justiça de John Rawls (RAWLS: 1993).

e as instituições democráticas. Por fim serão analisados os limites e possibilidades da aplicação do Utilitarismo em sua versão contemporânea assim como apresentado por Peter Singer.

Como já foi exposto acima, ao identificar a moral individual com a moral coletiva reduz o indivíduo singular a uma mera parte do todo. A sua felicidade como indivíduo é submetida à da sociedade, ou maioria dela - que na verdade deixa de ser uma sociedade e passa a ser uma comunidade. Retorna-se assim ao paradigma holístico em que o indivíduo não possuía valor em si mesmo, mas somente como membro da comunidade. Desse modo, não se pode falar seriamente de Direitos Humanos se o homem não é tomado como o valor supremo em detrimento da sociedade.

A segunda objeção diz respeito à natureza procedimental e avaliativa desta ética. Ao considerar os interesses de todos os indivíduos da mesma forma, baseando-se apenas na intensidade de prazer ou dor que proporcionem deve trazer à soma todos os interesses ou pretensões dispersos na sociedade, não apresentando limites materiais àquelas pretensões. Deste modo, “não há, pois, razão para que, em princípio, os maiores ganhos de alguns não compensem as perdas, comparativamente menores, de outros; ou, mais importante, para que a violação da liberdade de alguns não possa ser justificada por um maior bem partilhado por muitos” (RAWLS: 1993. p. 43).

Pode-se da mesma maneira questionar uma Democracia baseada nos princípios utilitaristas de justiça haja vista que há possibilidade de que as liberdades individuais de alguns serem suprimidas por um ganho de felicidade de um maior número. É constitutivo mesmo da Democracia a existência das liberdades individuais. Ao serem elas suprimidas suprime-se a Democracia mesma.

Quanto à versão contemporânea do Utilitarismo, fundada na igual consideração dos interesses parece afastar-se tanto do Utilitarismo clássico que poderia ser considerada não Utilitarista. E isso por dois motivos. Como uma teoria teleológica, o Utilitarismo define o bem - como aquilo que causa a felicidade de um maior número - e depois define a justiça como a maximização do bem. Trata-se, contudo, como foi exposto, de um conceito formal, pois não é apresentado em nenhum lugar o que de fato faria com que a felicidade viesse a aumentar. Esta

pretensão à felicidade cabe a cada cidadão, individualmente considerado, e as políticas públicas derivam das escolhas de um governo atento a estas pretensões.

No Utilitarismo contemporâneo, a partir da introdução do princípio da igual consideração dos interesses, que propõe um exame qualitativo de todas as pretensões em jogo, cria-se uma espécie de aporia. Como qualificar as pretensões de forma a perceber as mais legítimas se não através de parâmetros de justiça predeterminados? Deve-se, portanto, estabelecer uma hierarquia entre as pretensões, de modo a poder qualificá-las. Tem-se que, assim, definir alguns critérios de justiça material antes de proceder à análise das pretensões o que contraria a própria noção do Utilitarismo como teoria teleológica.

Além disso, se são necessários princípios de justiça para avaliar as pretensões e interesses dos indivíduos afetados por uma decisão política a ética utilitária deixa de ser absolutamente necessária para a decisão. Principalmente se os princípios escolhidos derivarem de um princípio de igualdade como é o caso da Teoria da Justiça de Rawls. E, alegar que os princípios de justiça seriam escolhidos de forma utilitarista, longe de refutar a argumentação, reduz este modelo contemporâneo de Utilitarismo ao clássico.

Assim, pode-se afirmar que na forma clássica o Utilitarismo presta um desserviço à afirmação dos Direitos Humanos. Para os Utilitaristas clássicos, a existência e a difusão ainda que intuitiva de princípios de justiça provocará por certo uma desestimulação para as práticas consideradas antissociais e injustas. Assim, enquanto uma filosofia do Direito fundada na convicção sobre a prioridade dos princípios de justiça Direitos Humanos acredita ter neles o princípio moral que vai animar a toda a teoria do Estado de Direito, “o Utilitarismo tenta considerá-las como uma ilusão social útil” (RAWLS: 1993, p. 45). Já, na sua forma contemporânea, ele é desnecessário.

A única idéia que deve ser aproveitada do Utilitarismo é a noção de que a sociedade é logicamente superior e anterior ao Estado e de que este só se legitima na medida em que for útil a ela. Entendendo este útil não como a maximização da felicidade mas como a garantia da eficácia social dos Direitos Humanos.

2. 4 - O problema da Democracia

O primeiro jusnaturalista a enfrentar o problema da Democracia foi Rousseau. Ele constatou que a passagem do Estado de Natureza ao Estado Civil implicaria a alienação dos Direitos Naturais ao Estado. Propôs como solução a construção de uma Democracia direta radical definida pela noção de vontade geral. Percebeu aquele autor os reflexos políticos da criação de um ente superior a todos os demais indivíduos cujo poder se manifestaria mediante a exclusividade da produção do Direito e os Direitos genericamente considerados seriam conquistas frente a esse poder soberano.

As conquistas por sua vez, historicamente determinadas, representariam as exigências dos indivíduos manifestadas através da vontade geral de um momento determinado. Afinal, a vontade geral não pode obrigar-se para o futuro, sendo a inclusão de Direitos o movimento mesmo desta vontade geral construtora animada pela liberdade como autonomia. A recorrente impossibilidade do gozo de Direitos Humanos já conquistados pela falta de condições materiais implica a necessidade de preenchimento destas condições mediante a consecução de novos direitos.

Deve-se superar, portanto, a classificação dos direitos humanos em gerações, pois disfarça a sua necessária complementaridade (já apontada pelo marxismo) e a sua difícil compatibilidade; bem como ignora ou dissimula a origem dos Direitos: as relações de poder. Com efeito, a compatibilidade é de difícil operação, na medida em que podem existir exigências circunstancialmente opostas:

“os direitos de um grupo que restringem os dos seus membros; as reivindicações de uns, contestando os direitos de outros; a necessidade de igualdade, ameaçando os prazeres da liberdade; e, acima de tudo, o desejo de liberdade, chocando-se com o direito à segurança - uma série de conflitos, abertos ou latentes, que fazem o jogo do Poder, solicitado a servir de árbitro, mas tentado a não dar razão a nenhum dos adversários e a impor o silêncio a todos” (MOURGEON: 1981, p. 121). “Porque, para além das diferenças entre os direitos e as categorias em que podem ser ordenados, eles reúnem-se e confundem-se numa mesma problemática, determinante para eles e para o homem: o da sua relação com o poder” (MOURGEON: 1981, P. 123).

Os direitos humanos constituem vertente principal da relação entre o Poder e a pessoa. Consiste esta na primeira relação política. Assim sendo, a problemática dos direitos humanos é a problemática do próprio Poder. Não existe Poder sem pessoa, bem como não existe pessoa sem Poder, nisso consiste a perenidade da problemática. Esta, pode ser traduzida em três idéias básicas.

A primeira diz respeito ao que Aristóteles denominava de sociabilidade natural do homem (homem como animal político). Esta, por sua vez, tem um duplo caráter. Um, representado pela necessidade que o homem tem de estar em sociedade; outro que o homem nasce em sociedade, pertencendo-lhe desde o início.

A segunda é a constatação, pura e simples, de que o Poder é inerente à sociedade. Está presente no Estado, nas relações de produção e de consumo, na família, em suma, onde houver sociedade haverá poder por ela disseminado. O poder, por sua vez é inexplicável, ao ponto de La Boétie (BOÉTIE: 1982, *passim*) afirmar que o que nos deve espantar é que os homens não se revoltam contra todas as formas de opressão. Para ele a servidão política é sempre voluntária. Segundo Bertrand de Jouvenel “existe um Poder, um Estado, a partir do momento em que o divórcio dos interesses individuais é suficientemente profundo para que a fraqueza da maioria ceda lugar a um tutor permanente de uma solicitude toda poderosa, que se comporte forçosamente como patrão”⁷.

A terceira e última diz respeito à necessidade do homem de liberdade, de direitos. Ao mesmo tempo que deseja a segurança e a existência de um Poder para garanti-la, deseja ser livre. “A tragédia da política e dos direitos do homem está toda na divisão da pessoa e, a partir daí da sociedade, entre a obediência e a libertação... Poder e pessoa, são os dois pólos da relação política por excelência” (MOURGEON: 1981, p.132). A relação política é, por sua vez, contingente, e depende do movimento pendular entre a obediência e a libertação.

A política dos Direitos Humanos consiste na tentativa permanente de acomodação entre as tendências antagônicas de reivindicação dos direitos face ao poder e a organização de

⁷ JOUVENEL, Bertrand. Apud, MOURGEON, Jaques. Os direitos do homem. Portugal, 1981, p. 131.

direitos pelo poder. “Levadas às últimas conseqüências, a primeira é mãe das revoluções e a segunda origina as repressões... quando alcançam este ponto culminante, qualquer delas é substituída pela outra, como se nenhuma delas pudesse verter um novo *élan* vital senão através do paroxismo da precedente” (MOURGEON: 1981, P. 132).

Essa política dramática, na maioria dos Estados contemporâneos ocidentais, dá-se através do jogo democrático, aí residindo a atualidade da imbricação entre Direitos Humanos e Democracia, dado que a cultura democrática disseminou-se como modelo normal de organização política atual.

O problema central aqui é o de encontrar limites que não podem ser ultrapassados mediante a utilização da regra da maioria sem pôr em xeque a existência mesma da Democracia (BOBBIO: 1992, p. 1). Tendo em vista que o exercício democrático pressupõe ao menos as liberdades individuais vê-se que o conceito de Democracia não pode assumir um caráter meramente formal, meramente instrumental. Daí porque uma teoria consequente da Democracia não pode prescindir de discutir seriamente o problema dos Direitos Humanos.

Contudo, se a análise anterior é correta, também pode ser afirmado o inverso, ou seja, uma teoria consequente dos Direitos Humanos não pode prescindir de discutir seriamente o problema da Democracia. Como Bobbio já afirmara no Futuro da Democracia (BOBBIO: 1989, *passim*) é ela mesma que, mediante seus mecanismos permite a conquista de direitos que passam a incorporar-se ao patrimônio da humanidade e que já não podem mais ser retirados. Há, dessa maneira, uma complementaridade entre os Direitos Humanos e a Democracia, onde os primeiros podem ser considerados como o pressuposto necessário da segunda e esta, entendida como a possibilidade de participação política - como a possibilidade de se estabelecer relações institucionais com o poder -, como o Direito Humano mais importante e do qual derivam os demais.

SEGUNDA PARTE: A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A ESCOLA DE DIREITO POSITIVO

3 - O ESTADO COMO PRODUTOR EXCLUSIVO DA LEGALIDADE

3.1 - A escola histórica e a positivação do Direito

Segundo Norberto Bobbio (BOBBIO: 1995, p. 45) a grande responsável pela dessacralização do Direito, ou seja, pela desconstrução dos mitos jusnaturalistas, abrindo caminho para a positivação do Direito foi a Escola Histórica. Ela está inserida numa corrente filosófica mais ampla denominada *historicismo*.

O historicismo tem como idéia central considerar o homem não como ser abstrato (ser humano em geral) mas ao contrário, em sua individualidade concreta. Desta idéia derivam suas características mais gerais que ajudam a defini-lo com maior precisão. Para os limites deste trabalho serão discutidas apenas duas delas, que são as mais antitéticas à Escola do Direito Natural pois atacam exatamente o postulado da existência de um Direito, no mesmo sentido do Direito Positivo e de caráter eterno, perfeito e imutável. São elas a noção de que a variedade da história é devida à variedade do homem e o sentido do irracional na história.

Aplicando-se esta concepção ao estudo do Direito têm-se as características da Escola Histórica do Direito, responsáveis pela derrocada do jusnaturalismo, cujo maior expoente foi Savigny. Da percepção de que o homem deveria ser considerado como um indivíduo concreto, na sua *historicidade*, deriva o entendimento de que não existe um Direito de caráter imutável, igual em todos os tempos e lugares. O Direito não pode, portanto, ser racionalmente derivado de leis naturais mas é, na verdade, produto do homem em sociedade. Esta constatação abre o caminho em direção à positivação do Direito, tornando sem sentido para a ciência jurídica a discussão em torno de um Direito que não o Positivo.

A Escola Histórica, dessa forma, combate a concepção jusnaturalista de caráter racional, qualificando-a de filosofia do Direito pois é dirigida não ao *ser*, mas ao *dever ser* do

Direito. Assim, o termo “Direito” passa a ser entendido de forma diversa quando acoplado a Natural ou Positivo, estando o primeiro relacionado a valores morais e o segundo a valores estritamente jurídicos.

Pode-se dizer, portanto, que é o próprio fato histórico da produção legislativa do Direito o fundamento do positivismo jurídico (BOBBIO: 1985, p. 47). De fato, é a positivação do Direito e a sua concentração no Estado Moderno que irão sustentar o postulado que define a atitude da Escola de Direito Positivo, ou seja, o de que não existe nenhum Direito que não o posto pelo Estado. Assim, o juspositivismo define o Direito (e, portanto o Direito Positivo) como sendo o Direito que é posto pelo soberano mediante normas gerais e abstratas cujo resultado último é a codificação (BOBBIO: 1985, p.). Dessa forma, a lei é tida como a fonte exclusiva do Direito, entendimento que se coaduna perfeitamente com as duas idéias que regem a construção do Estado Moderno.

A primeira diz respeito à natureza racional e universal do Estado Moderno como forma de organização política. A lei, expressão material coerente do Direito Estatal possui o condão de ordenar racionalmente a sociedade de acordo com a vontade do soberano. Além disso, o caráter geral e abstrato da lei implica a sujeição inclusive do soberano gerando a almejada segurança que proviria da constituição do Estado.

A segunda refere-se ao propósito revolucionário da constituição dessa nova associação política que é o Estado Moderno e é refletida pela dimensão educativa do Direito. Com efeito, a mudança radical operada na estrutura da sociedade deveria ser assimilada por todos os seus membros. Onde antes havia súditos há cidadãos. A lei, deste ponto de vista, é uma fonte ativa do Direito (em detrimento do costume que apenas reflete as mudanças já ocorridas) através da qual podem-se implantar programas racionais para atingir os fins do Estado.

Neste sentido pode ser entendido o impulso para a legislação comum aos Estados Modernos como meio de satisfazer a duas exigências. A primeira é exatamente a necessidade de ordenação do caos representado pelo Direito primitivo, com sua infinidade de fontes e interpretações que reduziam sobremaneira a possibilidade de segurança na decisão. A segunda

é fornecer ao Estado um instrumento eficaz para a intervenção na vida social, modificando os comportamentos individuais.

3. 2 - A evolução no papel dos juizes

Toda essa modificação no modo de se entender o Direito, iniciada pela Escola Histórica e terminada pela Escola Positiva reflete-se no modo de atuação dos juizes. Com efeito, a posição dos juizes na formação do Direito é completamente modificada a partir do entendimento de que a lei é fonte exclusiva do Direito mediante sua criação legislativa. Pode-se dizer que os juizes passam a ter um papel muito mais limitado e secundário na construção do Direito com o advento do Estado Moderno.

Com o progressivo movimento de monopolização da produção jurídica pelo Estado recém criado, o ordenamento passa a ser entendido como o conjunto de normas postas pelo soberano. Dessa forma, o juiz passa a ser visto como o funcionário do Estado incumbido de dirimir controvérsias inclusive mediante o uso da força para o que são utilizadas as normas criadas pelo soberano ou por ele reconhecidas. O Estado, afinal, havia se tornado Soberano, o único criador do Direito.

Antes do advento do Estado Moderno o Ordenamento Jurídico era tido como o conjunto de regras com certa probabilidade de serem acolhidas por um juiz para dirimir determinada controvérsia. Dentre a pluralidade das fontes de Direito cabia ao juiz escolher a norma aplicável ao caso em questão. O juiz era visto, não como funcionário do Estado, mas como funcionário da sociedade, assim, ao escolher a fonte e aplicar a norma, deveria levar em consideração, principalmente, o meio social em que estava inserido.

O problema das fontes está, por sua vez, intimamente relacionado às relações existentes entre o Direito Natural e o Direito Positivo ao longo da história.

Na antigüidade, não há relação de superioridade entre ambos. O Direito Natural é entendido como o Direito geral e comum, enquanto o Direito Positivo é visto como especialização sua, ou seja, como Direito particular e especial de um determinado lugar. O conflito entre ambos era resolvido através do princípio geral de Direito que estabelece que a regra mais especial derroga a regra geral, prevalecendo, portanto, o Direito Positivo.

Já no período Escolástico, é clara a posição de superioridade do Direito Natural face ao Direito Positivo. O Direito Natural não é visto como Direito comum e geral, mas como obrigatório, dirigido a todos os homens pois emanado pela vontade do Criador. É revelado através das escrituras e torna-se o parâmetro de legitimidade de um determinado poder constituído e também como parâmetro para a distribuição da justiça. Contudo, a diferenciação em graus não impede que em ambos os casos o termo Direito apresente o mesmo significado.

Já com o nascimento e desenvolvimento da Escola Positivista, a partir da modernidade, a relação entre ambos não é mais uma relação entre duas ordens jurídicas concorrentes. Com efeito, o juspositivismo nasce, justamente, quando o Direito Natural e o Direito Positivo não são mais considerados Direito no mesmo sentido, tornando inclusive supérfluo acrescentar o termo Positivo após Direito.

Estas relações entre o Direito Natural e o Positivo, marcaram a produção jurídica e a formação do Direito no caso concreto pelos juizes. O advento da modernidade marca, portanto, o nascimento de uma nova racionalidade jurídica, já intuída por Maquiavel e revelada por Hobbes. É o poder e não a verdade que faz o Direito. Pode-se, portanto, considerar este pensador jusnaturalista como o precursor do juspositivismo. Como salienta Habermas (HABERMAS: 1992, pp. 65-6), existe uma tensão profunda entre a concepção hobbesiana de Estado e Direito, marcada pelo formalismo e imperativismo e o papel pragmático de seu modelo jusnaturalista, que consiste, exatamente, no convencimento do caráter racional, seguro e, portanto melhor do Estado estatuído pelo contrato social.

Importa salientar, ainda, que o juiz deixa de ser um funcionário da sociedade e passa a ser um componente de um dos três “poderes” do Estado. A Justiça deixa de ser um bem e passa a ser entendida como uma função do Estado, entre outras. Está completa a separação entre o Direito e a moral, influenciando sobremaneira esta nova noção de Justiça presente na atuação dos juizes. Com efeito, o que era antes o ideal da Justiça reduz-se à Justiça Estatal. É isto, precisamente, o que se verifica com o movimento de codificação e com a conseqüente aplicação de um Direito codificado. É esta a característica do Estado Legal.

3.3 - O Estado Legal

O Estado Moderno caracteriza-se pelo governo da lei. Assim, ao Estado só é dado atuar com permissão da e através de lei. É na lei que se encontra o fundamento de sua atuação e o princípio de sua legitimidade. É o que se entende pelo princípio da legalidade, que caracteriza o rompimento com o tipo de dominação tradicional operado pelo advento do Estado Moderno e inaugura o modelo de dominação racional-legal.

Weber caracteriza este modelo de dominação como aquele cujo fundamento de legitimidade repousa na crença da regularidade da aquisição e exercício do poder (WEBER: 1977, *passim*), que se dá mediante o Direito. Neste sentido o próprio soberano está sujeito ao Direito visto que sua legitimidade decorre, em última análise, da legalidade de seus atos. A forma jurídica do exercício do poder político, mais que os conteúdos jurídicos, representada pela obediência do soberano aos procedimentos legais que limitam sua atuação, confere, portanto, a legitimidade - centrada na idéia de legalidade - deste tipo de dominação.

O chamado princípio da legalidade indica duas idéias distintas mas intimamente ligadas. A primeira é a idéia da subordinação do poder ao Direito - governo *sub lege* -, que confere e limita este poder. A segunda consiste na forma de atuar desse poder político que se dá mediante a emanção de normas gerais e abstratas - governo *per leges* - que integram por sua vez o ordenamento jurídico e também transformam-se em Direito, vinculando o soberano.

Desse modo, a lei consiste na forma de limitar o poder do Estado quando atua nos limites de sua jurisdição. A lei é assim entendida como a garantia material de que as formas de aquisição e atuação do poder político serão predeterminadas, afastando, por um lado, a possibilidade do cometimento de arbítrios por parte do soberano e garantindo uma certa margem de certeza nos pronunciamentos judiciais e na atuação administrativa do Estado. Por outro lado, a lei também garante o procedimento pelo qual se dá a aquisição do poder, reafirmando o caráter perpétuo, ao menos do modelo, da nova associação.

Como deve ser salientado, contudo, os vínculos impostos pela legalidade no chamado Estado Legal, são, a princípio, vínculos formais à produção legislativa. Ou seja, a limitação à produção e reprodução do Direito, neste caso, apresenta-se como meramente

procedimental. Dessa forma, os conteúdos presentes nos preceitos legais possuem caráter contingente o que, de certa forma, espelha a idéia rousseauiana de Democracia, em que a maioria acaba por decidir, sempre em caráter provisório, o que é juridicamente relevante.

A lei assim entendida, como a expressão da vontade geral, é a fonte predominante do Direito, que se exprime mediante enunciados de caráter geral e abstrato, em lugar das ordens de cunho pessoal características da dominação tradicional. Por outro lado, o Estado é submetido à lei, que deve ainda estabelecer as condições de aquisição e exercício do poder político. Pode-se conceituar o Estado Legal, portanto, como aquele que se faz atuar mediante leis gerais e abstratas, escolhidas pela vontade geral (maioria dos que votam) e cujo o poder político é conferido e limitado pela sua forma jurídica, ou seja, leis de caráter formal.

O Direito, assim, consistia apenas na forma de atuar do Estado. Os conteúdos deste Direito, contudo eram estabelecidos através do jogo democrático, reduzindo o conteúdo do Direito àquilo que era produzido pelo legislativo. Pode-se referir a este tipo de Estado, primeira versão do Estado de Direito, portanto, como Estado Legislativo. Esta era a função primordial desta nova forma de associação política, como já o previra Locke. Como o Estado na teoria contratualista nasce com o objetivo único de garantir os Direitos Naturais, inerentes ao homem, a sua função de “dizer o Direito” dependia diretamente da produção legislativa do Direito a ser aplicado.

Contudo, a deficiência na garantia daqueles Direitos torna-se o motivo da primeira crise do Estado de Direito (Legislativo). Com efeito, se a função primordial do Estado, num plano ideal, era garantir os Direitos trazidos pelo homem do Estado de Natureza, o Estado Moderno acabou por se constituir no seu maior violador. Pense-se no exemplo francês que foi do “terror” a Napoleão em menos de um século.

Na verdade, o que entra em crise é a lei como meio regulador das práticas sociais e estatais. Segundo Sérgio Cademartori, em recente tese defendida nesta Universidade, a crise se manifesta em duas vertentes e culminará na superação desse modelo de organização política:

“a) em primeiro lugar, é de assinalar-se que o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um princípio

formal de organização institucional. Por trás dessa vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e do social nas relações com o poder. As dificuldades do Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras décadas do século XX ao verificar-se experiências políticas concretas que evidenciariam os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua práxis social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito, na medida em que se excluía a arbitrariedade pública e o respeito à lei era assegurado;

b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é parte do conflito social. A norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais” (CADEMARTORI: 1997, pp. 38-9).

Neste sentido, os Direitos Humanos não foram seriamente considerados dentro do modelo normativo representado pelo Estado Legal. Quando muito, serviram de conteúdos esparsos para a construção da legalidade que contudo os tinha na conta de princípios morais que dependiam do aval do legislativo para ascenderem ao caráter de jurídicos. Assim, como foi ressaltado na primeira parte deste trabalho a necessária complementaridade entre as exigências dos Direitos Humanos considerados em sua totalidade, o que se viu no Estado Legal foi a negação mesma da idéia dos Direitos Humanos.

E mais, a própria relação de complementariedade entre os Direitos Humanos, bem como a sua anterioridade e a sua superioridade face ao poder, apontam na direção da necessidade de uma reformulação no modo de produção jurídico, atentando para uma mudança da racionalidade mesma do Direito. Esta mudança é representada pelo Estado Constitucional.

3.4 - O Estado Constitucional

Como viu-se, as características que marcam o Estado Legal são a expressão do poder mediante normas gerais e abstratas, representantes da vontade geral - em uma palavra, leis - que consiste no chamado governo *per leges*, e a vinculação do poder ao Direito e a procedimentos mínimos para a sua revisão - governo *sub lege*. Apesar da indisponibilidade ser apenas parcial do poder sobre o Direito, pois reclama procedimentos determinados para a alteração de seus conteúdos, fica o poder submetido às normas válidas num dado momento.

Pode-se dizer que no Estado Constitucional, a indisponibilidade relativa do poder sobre o Direito e seus conteúdos, derivada dos requisitos formais para o exercício regular do poder permanece, sendo, contudo a ela agregada uma indisponibilidade absoluta, representada pelos conteúdos constitucionalmente positivados. No Estado Legal podia-se afirmar que os limites jurídicos eram meramente formais, resolvendo-se os conteúdos das prescrições jurídicas, em última análise, na política.

Já com o advento do constitucionalismo, os conteúdos reputados de caráter mais importante para a construção do Estado de Direito, ou seja, que representassem as aspirações presentes no movimento revolucionário para a sua instituição, foram positivados em nível constitucional, estando, portanto, acima da legislação ordinária, resguardando-os do alcance do legislador. O Direito, mais que o jogo democrático, passa, então, a constituir-se no termômetro para a aferição da medida de legitimidade do exercício do poder.

As implicações, neste caso, da submissão do poder ao Direito - governo *sub lege* - são duas, a saber: todo o poder deve ser conferido pelo Direito (sentido fraco ou formal do princípio da legalidade, comum ao Estado Legal); e, todo o poder deve ser limitado pelo Direito, não somente em suas formas mas em seus conteúdos (sentido forte ou substancial, chamado de legalidade estrita, comum ao Estado Constitucional).

“Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes - de tal modo que resta assim superada

definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal - e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação de conflitos políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais - pelo menos em condições de normalidade - e precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída” (CADEMARTORI: 1997, p. 41).

Entendendo-se o Direito como a garantia de vinculação do Estado a determinados conteúdos morais mediante a adoção de formas jurídicas, a constituição pode ser caracterizada como a expressão de uma série de valores a respeito dos quais existe um elevado nível de consenso, sendo considerados especialmente importantes e, portanto, necessitados de uma garantia eficaz contra violações cometidas pelo poder. Assim, estes valores devem ser preservados com relação às dinâmicas políticas e sociais como forma de protegê-los de poderes públicos ou privados.

“Es la constitucionalización la que garantiza esa preservación respecto de las dinámicas políticas al mismo tiempo permite la proyección de los mismos al conjunto de la producción normativa, asegurando que ésta se lleve a cabo dentro de la unidad u homogeneidad necesarias para preservar el núcleo del pacto de las tensiones que pudieran afectar a su solidez” (PEÑA: 1996, p. 35).

A constituição desempenha, assim, um papel de unificação do ordenamento jurídico, que se deve organizar em torno àqueles valores de maneira a operacionalizá-los. Os Direitos Humanos, representantes destes valores, tornam-se, dessa maneira, fatores de integração do ordenamento, contribuindo para a homogeneização dos objetivos do Estado. Demonstra-se, assim, no Estado Constitucional, o papel crítico-normativo destes valores em relação ao exercício do poder político.

O processo de constitucionalização dos Direitos, retirando-os da esfera de disponibilidade do poder político, implica também uma mudança profunda na racionalidade do Estado e do Direito, que vai afetar as atuações das funções legislativa e da jurisdicional do

Estado de Direito. De um lado, o legislativo deixa de ser referência exclusiva da legalidade. Rompe-se com a lógica formalista do Estado Legal que redundava na coincidência entre a legalidade formal e a legitimidade do exercício do poder.

Por outro lado, a mudança ocorrida no modelo normativo do Estado de Direito reclama uma participação mais efetiva do poder judiciário no exame dos atos do poder político, confrontando-os com os princípios e normas constitucionais e denunciando eventuais desvios que redundam na ilegitimidade do exercício do poder. Necessita-se, portanto, de juizes mais engajados na defesa do Estado de Direito e que, de certa forma, deixam de ser meros funcionários do Estado para voltarem a ser a primeira defesa da sociedade contra o exercício ilegítimo do poder político.

Resta examinar como e sob que forma esta evolução do modelo de Estado conseguiu incorporar os Direitos Humanos e quais as conseqüências práticas desta incorporação para a realidade do modelo normativo do Estado de Direito (Capítulo 6, *infra*). Neste sentido, o constitucionalismo teve o condão de abrir a possibilidade concreta de trazer para dentro do Direito e em seu nível superior o ideal dos Direitos Humanos, bem como os seus conteúdos, fazendo deles o próprio princípio normativo do Estado de Direito.

4 - A ESCOLA CLÁSSICA DO DIREITO POSITIVO E A SUA INCAPACIDADE DE COMPREENDER O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

4.1 - Características principais do juspositivismo

Como bem lembra Norberto Bobbio (BOBBIO: 1995, p. 15), o Positivismo Jurídico não deriva da corrente de pensamento filosófico denominada de Positivismo, surgida na França com Comte. Ainda que muitos autores que representaram a doutrina juspositivista fossem adeptos daquela corrente filosófica, não se pode afirmar que o juspositivismo seja uma aplicação especial do positivismo filosófico no campo jurídico.

O termo “Juspositivismo” deriva da locução “Direito Positivo”, que marca a distinção entre aquele Direito que é por natureza (Direito Natural) e aquele que nasce por convenção ou imposição mas sempre posto pelo Homem. Com efeito, ainda quando o Direito Natural tinha o mesmo status do Direito Positivo, ou seja, quando num e noutro caso o termo Direito significava a mesma coisa, as regras aplicáveis aos casos concretos formavam um Direito construído (mediante dedução, revelação, especialização, etc.) pelo Homem. Portanto, este Direito necessitava de um adjetivo que indicasse as características que o diferenciavam do Direito Natural.

Contudo, a própria natureza do pacto sugerida por Hobbes, como viu-se, já apontava no sentido da exclusividade da produção jurídica por parte do Estado, ou seja, na redução do significante Direito apenas àquele posto pelo Estado. A postura juspositivista torna-se, assim, a única idônea a estudar o fenômeno Direito tal como ele se apresenta de fato. Enquanto o jusnaturalismo é abandonado como fonte de explicação do Direito por consistir numa avaliação de seus princípios, o positivismo orgulha-se de distinguir o plano do ser do Direito e estudá-lo cientificamente, como um fato social, como uma realidade independente dos juízos de valor que por ventura lhe possam ser formulados.

Na verdade esta é a primeira e talvez a mais importante mudança introduzida pela Escola do Direito Positivo em relação ao estudo do fenômeno jurídico. Influenciada pelo racionalismo que florescia desde o renascimento e que somado à filosofia do sujeito cunhou a

nova postura do homem frente à realidade que pretendia estudar, a ciência do Direito, assim como forjada pelo juspositivismo, pretende tratar o Direito como um fato, não como um valor. Dessa forma, o objeto Direito é separado de tudo aquilo que não é estritamente jurídico e que representa a assunção de valores a respeito desse fenômeno, traduzidos mediante a forma de juízos de valor. Muito aquém de ser bom, mau, justo ou injusto, o Direito apenas é.

Outra característica da Escola do Direito Positivo é a de considerar as normas jurídicas como imperativos hipotéticos. Com efeito, o entendimento da estrutura das normas jurídicas como sendo imperativos hipotéticos, possuindo portanto natureza contrafática⁸, é talvez a maior contribuição do positivismo jurídico para a ciência do Direito. Ao contrário dos imperativos categóricos, que prescrevem ações boas em si mesmas, independentemente do resultado delas, os imperativos hipotéticos descrevem ações boas condicionalmente. Se se deseja determinados fins deve-se desejar necessariamente os meios apropriados à consecussão deles⁹.

Esta concepção deriva diretamente da concepção utilitarista de Estado e Direito que, ao definir a felicidade como fim último do Estado e da legislação reclama do Estado a consecussão destes objetivos. Também por ser uma ética consequencialista não classifica ações boas ou más em si mesmas mas somente em relação aos efeitos que vão gerar na sociedade. O Direito possui assim dois planos distintos: aquele que lhe atribui os fins (representado no

⁸“É importante advertir-se que as normas jurídicas, tanto aquelas que consagram direitos fundamentais quanto de resto todas as outras, têm natureza contrafactual, característica que já fora suficientemente esgotada por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Com efeito, a radical distinção Sein/Sollen demarca o plano analítico correspondente à Teoria Geral do Direito, contrapondo-o ao plano fático e que impede que se estabeleçam confusões redutivas entre os dois planos. Contudo, observa-se na teoria jurídica contemporânea que tal redução é recorrente: no pensamento de alguns autores, (...) a validade (característica existencial das normas jurídicas enquanto tais) é muitas vezes confundida com a eficácia (atuação concreta das normas no meio social, apreciável pela sua obediência e aplicação). Esta redução apresenta pelo menos dois riscos: a) o de entender que somente as normas que têm eficácia social são válidas, desconhecendo que os critérios de validade são exclusivamente jurídicos, o que pode levar à aceitação passiva de normas válidas mas ineficazes; e b) desconsiderar as normas válidas que ainda não têm eficácia como não-jurídicas, castrando-lhes o potencial de transformação e concretização de interesses legítimos da sociedade” (CADEMARTORI: 1997, p.61).

⁹“Kant chama de normas éticas os imperativos categóricos (visto que precisamente as normas morais impõem uma ação incondicionadamente) e de normas técnicas os imperativos hipotéticos, visto que estes últimos são próprios das artes, das profissões, isto é, das atividades que não incidem na esfera moral...” (BOBBIO: 1995, p. 191).

Estado pela função legislativa); e aquele que tem por função operacionalizar-lhe (função jurisdicional). Consistem estes planos justamente no *ser* e *dever ser* do Direito.

O *ser* do Direito, por sua vez, possui a característica de um *dever ser* pois formado por normas. A norma é assim transformada no objeto de estudo privilegiado do Juspositivismo, senão o único. Daí surge a redução operada pelo Juspositivismo entre lei e Direito.

Dessa forma, como uma teoria do Direito, o positivismo identifica nas normas tais como existem o seu objeto de estudo privilegiado. A estrutura da norma é explicitada como sendo a consequência jurídica que segue um fato juridicamente relevante. A imputação da consequência jurídica dá-se sob a forma de um imperativo hipotético “se A, deve ser B”, onde “A” representa o fato ocorrido no mundo da vida e “B” a consequência imputada pelo Direito mediante o enunciado “deve ser”. Assim, os comportamentos socialmente indesejáveis, desde o ponto de vista estatal, são punidos com sanções. Isto é, os comportamentos exigidos para um mínimo de segurança e ordem são garantidos mediante a atribuição de sanções aos comportamentos contrários.

O Direito é, assim, definido como o conjunto de regras, ou o ordenamento posto pelo Estado, que prescreve ações mediante a possibilidade da atuação estatal para exigí-las coativamente. Desta definição podem ser extraídas as principais características da Escola de Direito Positivo que a distinguem e a individualizam.

Norma jurídica é, portanto, aquela posta pelo Estado mediante procedimentos predeterminados. Para a formação da norma jurídica é condição necessária e suficiente que a norma seja regularmente posta pelo Estado, ou seja, de maneira não arbitrária, respeitando o procedimento legislativo. Para os juspositivistas, assim, o Direito possui apenas uma estrutura invariável, representada pela estrutura singular de cada norma e do ordenamento como um todo mas que pode ser preenchida por conteúdos variáveis. O que caracteriza o Direito é, portanto, sua forma, donde deriva a expressão formalismo jurídico que designa esta atitude própria do positivismo.

Dessa forma, o juspositivismo, entendido como método de abordagem do fenômeno jurídico é marcado por este formalismo que, por sua vez caracteriza o Estado Legal,

Estado pela função legislativa); e aquele que tem por função operacionalizar-lhe (função jurisdicional). Consistem estes planos justamente no *ser* e *dever ser* do Direito.

O *ser* do Direito, por sua vez, possui a característica de um *dever ser* pois formado por normas. A norma é assim transformada no objeto de estudo privilegiado do Juspositivismo, senão o único. Daí surge a redução operada pelo Juspositivismo entre lei e Direito.

Dessa forma, como uma teoria do Direito, o positivismo identifica nas normas tais como existem o seu objeto de estudo privilegiado. A estrutura da norma é explicitada como sendo a consequência jurídica que segue um fato juridicamente relevante. A imputação da consequência jurídica dá-se sob a forma de um imperativo hipotético “se A, deve ser B”, onde “A” representa o fato ocorrido no mundo da vida e “B” a consequência imputada pelo Direito mediante o enunciado “deve ser”. Assim, os comportamentos socialmente indesejáveis, desde o ponto de vista estatal, são punidos com sanções. Isto é, os comportamentos exigidos para um mínimo de segurança e ordem são garantidos mediante a atribuição de sanções aos comportamentos contrários.

O Direito é, assim, definido como o conjunto de regras, ou o ordenamento posto pelo Estado, que prescreve ações mediante a possibilidade da atuação estatal para exigí-las coativamente. Desta definição podem ser extraídas as principais características da Escola de Direito Positivo que a distinguem e a individualizam.

Norma jurídica é, portanto, aquela posta pelo Estado mediante procedimentos predeterminados. Para a formação da norma jurídica é condição necessária e suficiente que a norma seja regularmente posta pelo Estado, ou seja, de maneira não arbitrária, respeitando o procedimento legislativo. Para os juspositivistas, assim, o Direito possui apenas uma estrutura invariável, representada pela estrutura singular de cada norma e do ordenamento como um todo mas que pode ser preenchida por conteúdos variáveis. O que caracteriza o Direito é, portanto, sua forma, donde deriva a expressão formalismo jurídico que designa esta atitude própria do positivismo.

Dessa forma, o juspositivismo, entendido como método de abordagem do fenômeno jurídico é marcado por este formalismo que, por sua vez caracteriza o Estado Legal,

em que toda norma posta regularmente pelo Estado é fonte de Direito, ainda que possua conteúdos manifestamente ilegítimos ou injustos. Esta postura levada a extremos é representada pelo nascimento de Estados totalitários jurídico-formalmente inquestionáveis.

Apesar do consenso acerca do formalismo podem-se distinguir duas correntes dentro do juspositivismo que procuram dar respostas diferentes ao que sejam as normas que formam o ordenamento jurídico estatal. Os normativistas entendem o ordenamento (*ser do Direito*) como o conjunto de normas válidas, ou seja, aquelas emanadas do órgão competente para criá-las, mediante os procedimentos legalmente determinados. A eficácia da norma para eles não é condição de sua validade, já que se ela pertence ao ordenamento pode ser sempre aplicada. A eficácia seria referência da validade do ordenamento como um todo, ou seja, um ordenamento é válido se consegue atingir um mínimo de eficácia social.

Já a escola realista, introduz o problema da eficácia da norma como condição mesmo de sua existência singular no mundo jurídico (ou seja, de sua validade como norma). Se o objetivo da norma é impor/regular condutas, a sua não aplicação pelos juizes determina seu desaparecimento do mundo jurídico, ainda que tenha sido uma norma validamente criada. Mas vão ainda mais longe. O caráter de definitividade das sentenças após o seu trânsito em julgado implica que uma norma inválida pode obter eficácia no mundo social, produzindo os efeitos de uma norma válida. Em suma, para os realistas, a eficácia é condição necessária e suficiente de validade da norma.

Ambas as posições podem ser criticadas por reduzirem o fenômeno jurídico a apenas um de seus aspectos. Enquanto a primeira deduz o Direito aplicado, ou seja a eficácia da norma de sua validade, o segundo opera no sentido inverso e deduz a validade da norma de sua eficácia, confundindo os planos que compõem o Direito. Contudo, e por isso podem ser classificadas de juspositivistas, ambas as posturas têm por característica a identificação do Direito com o ordenamento estatal, seja ele composto pelas normas emanadas do legislativo, seja eles pelas normas criadas pelos juizes, e mais, sem discutir os conteúdos das disposições normativas.

O Direito é definido por ambas as correntes em função de sua coatividade¹⁰. Com efeito, se é da forma que se extrai o único conteúdo possível para uma conceituação universal do fenômeno jurídico, numa perspectiva sincrônica, deve esta prender-se à característica primeira do Direito, qual seja, a possibilidade do constrangimento dos destinatários da norma mediante o emprego da força para que ela seja cumprida. Porque o Direito surge para impor/regular condutas é necessário fazer com que os desvios sejam punidos com gravames (sanções) grandes o suficiente para dissuadir os desviantes, impostos coativamente.

Este modo de encarar o Direito apenas como forma, ainda implica a assunção de um ponto de vista ideológico na apreensão do fenômeno jurídico, contribuindo para a perpetuação do *status quo*. De fato, além de reduzir os padrões de justiça e de legitimidade aos da legalidade objetiva, a postura formalista serve como justificadora da submissão da sociedade face ao Estado. Pode-se dizer que, de certa forma, a redução da justiça à justiça estatal mata a utopia de um Direito justo, visto que o Direito estatal é justo por definição, pois consiste no único parâmetro normativo disponível para um juízo de justiça.

O valor maior do Direito passa a ser então a ordem, não mais a justiça, concepção que se coaduna com a de Hobbes para quem o Estado se justificaria apenas pela garantia da segurança, não importando os meios necessários para fazê-lo nem os demais valores constantes do ordenamento. Daí porque a eficácia ser condição de validade do ordenamento. Assim, a concepção juspositivista clássica capaz de entender o modelo normativo do Estado Legal torna-se insuficiente para explicar o fenômeno jurídico que caracteriza o Estado Constitucional.

¹⁰“Segundo a moderna formulação da teoria da coação, o Direito é, por conseguinte, um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade. Para esclarecer esta concepção do direito, consideremos a passagem do Estado de Natureza ao estado civil (o que serve muito bem como instrumento de análise conceitual). O estado de natureza é caracterizado pelo uso indiscriminado da força individual. Cada um usa o próprio arbítrio de sua força, sem que tal comportamento possa jamais ser considerado como ilícito (Hobbes fala-va neste sentido de um *bellum omnium contra omnes*). O direito surge quando cessa este exercício indiscriminado da força individual e se estabelecem as modalidades de exercício da força, com referência a quatro pontos fundamentais: quem, quando, como, quanto...” (BOBBIO: 1995, p. 157-8).

4.2 - A abordagem avalorativa do Direito e a teoria da validade

Na tentativa de transformar a ciência do Direito em verdadeira ciência, nos moldes das ciências físicas e naturais, o juspositivismo defronta-se com a necessidade de importar para a ciência jurídica o método de abordagem daquelas, cuja característica principal é a avaloratividade. Implica isto na distinção e completa separação entre juízos de fato e de valor, excluindo estes últimos do discurso científico.

Juízos de valor são aqueles cujo enunciado é formulado a partir da tomada de posição do intérprete frente à realidade. É, portanto, um juízo cujo caráter não é de simplesmente descrever a realidade mas de criticá-la, muitas vezes comparando-a a um modelo ideal, procurando convencer o interlocutor da posição tomada. O juízo de valor denota as opções filosóficas e políticas de quem o enuncia, bem como tem maior validade quanto maior for o grau de adesão que se conseguir.

Já os juízos de fato são aqueles comuns ao discurso científico porque se pretendem neutros para apreciar a realidade assim como ela é. Não implicam a tomada de posição do intérprete frente à realidade mas sim sua descrição objetiva. Longe de pretendeder a adesão dos interlocutores os juízos de fato pretendem ser universais pois tem caráter informativo e representam uma constatação do cientista acerca do seu objeto de estudo. Constatação esta que qualquer pessoa teria se examinasse a mesma realidade sob o mesmo ponto de vista.

Assim, o Direito, objeto de trabalho da ciência jurídica, é o Direito assim como se manifesta na sociedade (como normas válidas ou eficazes, segundo a corrente positivista). O cientista do Direito não deve procurar em modelos ideais critérios para valorar o Direito nem tampouco formular críticas ao Direito vigente. Sua missão é mais modesta e consiste apenas em entender como funciona o sistema jurídico, desde as normas inferiores até às superiores e as possíveis relações entre elas. A valoração do ordenamento é deixado a cargo da filosofia do Direito e os reflexos sociais da aplicação do Direito à sociologia jurídica. Disciplinas que não podem, contudo, questionar a legitimidade do Direito com base em critérios de justiça material.

Sendo o conteúdo do Direito infinitamente contingente, diferindo em tempo e lugar, não se pode fazer das matérias reguladas pelo Direito o objeto central de seu estudo. Assim como também não se pode definir o Direito, numa perspectiva sincrônica pelos seus objetivos, ou seja pelo que o Direito estabelece. Resta assim, ao cientista do Direito a análise de sua estrutura, de sua forma. Toma-se a experiência jurídica levando-se em consideração apenas como o Direito é produzido e não o que ele estatui.

Esse entendimento leva à formulação da teoria da validade juspositivista, que identifica as normas que possuem existência jurídica, às quais atribui validade, ou seja, sua pertinência ao ordenamento jurídico estatal e explica as relações entre elas. A teoria da validade juspositivista constitui-se na outra face da abordagem avaliativa do Direito e espelha o formalismo presente na definição juspositivista de Direito.

Assim como o Direito é em si mesmo somente forma que pode possuir conteúdos contingentes que independem de quaisquer considerações de caráter moral a validade das normas que o compõem é derivada também do modo como foram produzidas. Existem duas características que implicam a criação de uma norma, a competência de quem a emana e o procedimento utilizado para confeccioná-la. Neste sentido, mais uma vez, os limites legais aparecem apenas como limites formais à criação do Direito.

É esta uma das características que marcam o início da modernidade. O racionalismo ao introduzir a pretensão de universalidade dos conhecimentos científicos acaba por forjar a separação entre forma e conteúdo dos conhecimentos que parte da moderna ciência mas atinge a todas as instituições sociais¹¹. Dessa forma explica-se a desvinculação do Direito de todo e qualquer conteúdo material, assim como também a justiça desvincula-se dos conteúdos jusnaturalistas¹².

¹¹Pense-se no dualismo radical proposto por Kant entre a forma e o conteúdo do conhecimento proposto na Crítica da razão pura.

¹²Talvez tenha sido Maquiavel o primeiro a identificar esta separação e trazê-la para uma ciência social - a ciência política. Abstraindo-se de formular juízos de valor acerca da atuação dos soberanos que estuda, cria a partir de suas observações uma teoria do poder que tem por objetivo apenas conservá-lo. Maquiavel constata friamente que se se quer o poder é preciso almejar o poder absoluto e, então, pretende ensinar a melhor forma de exercício do poder para que isto aconteça.

O formalismo passa a ser, portanto, a característica fundamental de qualquer definição Juspositivista de Direito, afastando-se do exame de qualquer conteúdo.

“Com referência ao conteúdo das normas jurídicas, é possível fazer uma única afirmação: o direito pode disciplinar todas as condutas humanas *possíveis*, isto é, todos os comportamentos que não são nem *necessários* nem *impossíveis*; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria *superflua* e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria *vã*” (BOBBIO: 1995, p. 145).

Para examinar-se o esquema conceitual da validade no juspositivismo faz-se necessário o exame não somente das normas individualmente consideradas mas do ordenamento como um todo. Com efeito, como a validade de uma norma é sempre fundada numa norma superior, é necessário examinar-se como se dão as relações entre as normas dentro do ordenamento, bem como o modo como estão dispostas. A forma mais bem acabada desta configuração encontra-se em Kelsen.

Este jurista descreve o ordenamento jurídico estatal como sendo formado por normas de diversos níveis hierarquicamente dispostas em cadeia em que cada nível possui caráter normativo em relação aos níveis inferiores ao seu e caráter fático em relação aos níveis superiores. Assim, cada norma deve buscar seu fundamento de validade na norma que lhe é imediatamente superior e assim por diante até que se possa chegar na norma fundamental que encerra o ordenamento jurídico e que lhe confere a validade como um todo. Assim, uma norma qualquer é dita válida ou inválida com relação a uma norma superior e eficaz ou ineficaz com relação a uma norma inferior.

A natureza da norma fundamental para Kelsen é a de uma norma autorizativa, ou seja, que autoriza à associação política a organizar-se mediante a introdução de um ordenamento jurídico, expressão do exercício do poder político. Por ser a norma de clausura

do sistema não pode encontrar seu fundamento de validade em uma norma superior que lhe autorize a existência. Assim sendo, não é posta pelo Estado mas por ele pressuposta.

O caráter autorizativo da norma fundamental deriva do fato mesmo de ser ela pressuposta como válida a partir da constituição de uma associação política. Como viu-se, para a Escola Juspositivista, a condição de validade do ordenamento como um todo é a sua eficácia. Portanto, basta que se alcance o poder político para que se esteja autorizado a exercê-lo pelo Direito, reforçando, mais uma vez, a postura avaliativa do Juspositivismo em face da realidade do Direito.

A norma fundamental, portanto, é aquela que introduz o princípio da legalidade no Estado de Direito, pois ao conferir a validade ao ordenamento estatal e somente a ele, subordina a este mesmo ordenamento todos os demais que a ele devem conformar-se e reclama a sua atuação mediante o Direito. Também, ao conferir este caráter de legalidade aos atos do poder político mediante o Direito e, somente mediante o Direito - que é entendido como o conjunto de normas produzidas pelo Estado - reduz o Estado ao Direito (KELSEN: 1993).

Ao possuir apenas um conteúdo formal de cunho autorizativo, que reclama do Estado apenas a forma jurídica do exercício do poder político, a norma fundamental, que confere validade a todas as outras normas do sistema, dispõe apenas sobre o procedimento e a competência para o feitiço das leis. Já as normas inferiores devem também conformar-se em relação ao seu conteúdo. Contudo, a não existência de conteúdos mínimos que caracterizem o Direito, faz bastar o procedimento regular para alterar uma lei, não importando em que nível se encontre.

O esquema para a avaliação da validade das normas possui no Juspositivismo, portanto, a seguinte configuração: a) as normas estão dispostas em um ordenamento complexo hierarquicamente disposto; b) cada nível normativo é fático em relação ao superior e normativo em relação ao interior - determina-se, assim a validade da norma em relação à norma superior e sua eficácia em relação à norma inferior; c) o fundamento de validade de uma norma, à exceção da norma fundamental que deve ser pressuposta, deve ser encontrado na norma que lhe é superior e assim por diante até chegar-se à norma fundamental; d) a validade das normas superiores é de caráter meramente formal, mas seus conteúdos determinam o caráter das

inferiores; e e) não existe conteúdo, contudo, que não seja passível de alteração mediante o procedimento regular especificamente determinado para o caso.

Mais uma vez fica patente o porque da incompreensão do modelo normativo de Direito do Estado Constitucional para a teoria Juspositivista clássica. O princípio da legalidade introduzido pela norma fundamental, ao possuir caráter autorizativo - princípio da legalidade em sentido fraco comum ao Estado Legal - admite a violação dos Direitos Fundamentais tanto normativa como faticamente. Daí o esforço da doutrina Juspositivista em considerá-los como normas programáticas ou de efeito contido, para que sua violação não abalasse a crença na legitimidade do Estado de Direito que para os juspositivistas confunde-se com a legalidade.

4.3 - O problema da legitimidade

A norma fundamental, ao consistir no fundamento do Direito e como o Estado, para os positivistas, só atua mediante o Direito, o Estado, como viu-se, é reduzido ao Direito. Assim, o conceito de legitimidade, que é um conceito político por natureza, acaba por confundir-se com o de legalidade. Com efeito, ao conferir a validade do ordenamento e, portanto, sua legalidade objetiva, independente de seus conteúdos, bastando que para isso o poder político atuasse mediante a forma jurídica, a norma fundamental é utilizada também como fonte de legitimação do poder.

Se nos séculos anteriores o princípio de legitimidade e, portanto, o fundamento do poder era encontrado na natureza ou na vontade divina¹³, determinando inclusive a confecção do Direito Positivo, com o advento do Estado Moderno, o Direito positivo passa a ser ele mesmo o princípio de legitimidade do poder. E como, Estado e Direito na concepção positivista clássica se confundem, e o fundamento de validade do ordenamento jurídico como um todo consiste na sua eficácia social, em última análise o princípio de legitimação do Estado Moderno também é sua eficácia social. A legitimidade da dominação reside, portanto, na

¹³“Sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, podem ser distinguidos ao menos seis deles (princípios de legitimidade), que se referem através de duplas antitéticas a três grandes princípios unificadores: a Vontade De Deus ou do homem), a Natureza (razão ou natureza das coisas), a História (tradicional ou revolucionária)” (BOBBIO: 1987, p. 89). N. A. Explicações entre parênteses introduzidas pelo autor deste trabalho.

eficácia com que o Estado consiga extrair do Direito forjando a crença na racionalidade da legalidade.

A separação entre o conteúdo e a forma das instituições na modernidade cria um problema para a justificação da aquisição e exercício do poder. Enquanto no período pré-moderno o princípio desta justificação encontrava-se nos conteúdos jurídicos pré-positivos que se confundiam mesmo com a própria concepção jusnaturalista de Direito¹⁴, pois definiam o que era bom, mau, justo ou injusto, na modernidade precisa-se de um novo princípio de legitimação para o poder.

Assim, é necessário ao Direito positivo encontrar um novo princípio legitimador que salvguarde seu caráter obrigatório, pois não pode mais deduzir sua validade de um direito prioritário e soberano. O procedimento racional da formação do Estado Moderno e de seu Direito, apesar de aumentar a possibilidade dessa justificação racional das decisões na esfera do poder, não pode ser em si mesmo essa justificação. Uma justificação com esse caráter meramente instrumental implica a redução do conceito de normas jurídicas a meros comandos do órgão político (legislativo) o que equivale a dizer que a partir da modernidade o Direito se resolve integralmente na política.

Contudo, durante o período marcado pelo domínio do Estado Legal a única forma de legitimação encontrada pelo poder assim como o seu único limite era a sua eficácia social. O poder não podia ser entendido como autoridade juridicamente legítima, perdendo o Direito qualquer força legitimante, dado que a legitimação se dava exclusivamente no plano político¹⁵.

Daí porque a concepção de validade juspositivista tende a ser meramente formal excluindo os julgamentos de valor a respeito das normas. Já não existia mais um modelo ideal e com caráter normativo ao qual se podia reportar para criticar o Direito posto pelo Estado. Neste sentido a legitimidade do Estado, adquirida por um viés meramente político, acaba sendo reduzida à expressão da legalidade dos atos do poder, que, em última análise está sujeita

¹⁴Pode-se deduzir este conceito de uma das mais célebres definições de Direito, que remonta à Roma antiga: "Direito é a arte do bom e do justo".

¹⁵Mais uma vez fica explicitada a contradição entre o funcionamento amoral do poder estatal mediante um Direito positivado, assim como entendida por Hobbes, o precursor do positivismo, e o papel pragmático da sua teoria contratualista que deve indicar as boas razões que os indivíduos possuem para aderir ao contrato.

à manifestação de uma maioria, muitas vezes não representativa da vontade geral e que pode redundar na perda dos Direitos conquistados justamente com o nascimento do Estado Moderno.

De qualquer modo, este modelo de legitimidade é diretamente derivado da noção de validade presente na teoria juspositivista. Esta teoria da validade que acaba por reduzir a legitimidade a uma mera legalidade formal implica ainda a existência de uma presunção de validade e, portanto de legitimidade dos atos do poder.

“En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría. En tiempos tranquilos y normales, esta prima política es relativamente calculable, pero en una situación anormal es completamente incalculable” (SCHMITT: 1971, p. 49).

Com efeito, consiste essa presunção naquilo que impossibilita a crítica aos atos do poder legalmente constituído sem o apelo a metafísicas inconsistentes e que redundou na atitude subserviente dos operadores jurídicos em face dos “poderes” executivo e legislativo.

A assunção deste ponto de vista formal da legitimidade impede a crítica do Direito e, portanto, do Estado quando se comporta de forma juridicamente regular. A doutrina Juspositivista encerra, dessa forma, um carácter profundamente ideológico, na medida em que oculta possíveis desviações no exercício do poder. Com efeito, se se pensar no carácter contrafactual das normas (estruturadas sob a forma de imperativos hipotéticos: “se A, deve ser B”), em oposição ao carácter de necessariedade dos fenómenos naturais (“se A, então B”), constata-se, num ordenamento complexo, com infinitos níveis de legalidade, a possibilidade de desviação dos objetivos traçados pelas normas superiores. A crença na possibilidade de uma postura avaliativa em face do Direito, transforma o “dever ser” da estrutura da norma, que representa a imputação da consequência jurídica, em uma necessidade.

Chega-se, assim, à análise do positivismo como uma postura valorativa perante ao Direito - que reclama ao Estado somente a forma jurídica -, ou seja, a ordem como um valor em si. Consiste esta postura, portanto, numa postura ideológica em face do seu objeto de estudo, contrariando seus próprios pressupostos.

4. 4 - Juspositivismo e ideologia

Esta postura juspositivista frente ao Direito leva a sua teoria a um impasse. Ela se pretende avaliativa e, portanto, não ideológica. O problema é que ao desqualificar a pretensão da existência de um fundamento de validade para o poder além do Direito estatal que possa a ele ser contraposto e mais, desvinculando a produção jurídica de todo e qualquer conteúdo preestabelecido, retira qualquer parâmetro para uma avaliação da legitimidade do Direito e para a invalidação do Direito ilegítimo. Oculta, dessa forma, os princípios que fizeram a sociedade engendrar a associação política denominada de Estado Moderno.

Essa ausência de parâmetros possui, portanto, o efeito perverso de legitimar uma ordem estabelecida por ela mesma. Lembre-se o postulado kelseniano que deduz a validade de um ordenamento jurídico de sua eficácia social. Funda-se, assim, a noção de um Direito autoreflexivo, hermético e em relação à sua forma, de costas para a sociedade que o engendrou e que pretende regular, capaz de se reproduzir agregando conteúdos diversos e legítimo desde que seja eficaz.

O juspositivismo, assim entendido, torna-se a ideologia de justificação de Estados cujo único limite para a atuação do poder é representado por majorias manipuláveis, Estados em que o procedimento formalmente democrático é condição necessária e suficiente da sua legitimidade. Dito em outras palavras, se só se tem Direito a um procedimento, não se tem verdadeiramente Direitos.

TERCEIRA PARTE:

A TEORIA GARANTISTA E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS

5 - A TEORIA GARANTISTA COMO UM POSITIVISMO CRÍTICO

5.1 - Três acepções de “Garantismo”

Segundo Luigi Ferrajoli, o tipo de orientação que desde algum tempo vem sendo chamada de “garantismo” nasceu no campo penal como uma tentativa de tornar eficazes as garantias constitucionais do Direitos Fundamentais, no âmbito penal. Esta orientação torna-se necessária na medida em que o Estado mediante suas práticas administrativas e policiais violavam aqueles direitos. Dessa forma, cria-se um hiato entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de eficácia nos níveis inferiores, fazendo da Constituição - entendida como o padrão de racionalidade, justiça e legitimidade do exercício do poder político - “una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto” (FERRAJOLI: 1995, p. 851).

Como tal divergência não se localiza somente no âmbito penal - em que são mais evidentes, contudo -, mas em todas as esferas de atuação do Estado, a orientação garantista diz respeito tanto ao Estado como ao Direito como realidades concretas e historicamente datadas, bem como à ciência do Direito que pretende estudar suas formas de atuação jurídicas. Com efeito, o “garantismo” implica, na verdade, três momentos distintos mas que se relacionam e se completam na construção da Teoria Geral do Garantismo. Assim, num primeiro momento consiste numa forma prescritiva de modelo normativo, num segundo, nas implicações deste modelo para a ciência do Direito e, num terceiro, numa filosofia do Direito e crítica da política reclamando uma função específica para o modelo normativo apresentado.

“Según una primera acepción, “garantismo” designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del *estado de derecho*,

que en el plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y nel plano jurídico como um sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos” (FERRAJOLI: 1995, pp. 851-2).

O garantismo consiste, portanto, nesta primeira acepção, num modelo limite de sistema jurídico, que Ferrajoli chamará de Sistema Garantista (SG) (FERRAJOLI: 1995, p. 852) e que confunde-se com o modelo denominado Estado Constitucional de Direito. Por tratar-se de um modelo limite, falar-se-á não de sistemas garantistas ou antigantistas, mas de graus de garantismo, sempre distinguindo entre o modelo disposto na Constituição e as práticas efetivas resultantes do funcionamento real do sistema. Assim, chamar-se-á de mais garantista um Estado de Direito cujos Direitos Fundamentais são respeitados e efetivados satisfatoriamente e de menos garantista aquele cujos Direitos Fundamentais são desrespeitados. Neste sentido, pode-se falar-se de Estados *mais* de Direito ou Estados *menos* de Direito.

“Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en terminos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de *garantías* - que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo” (FERRAJOLI: 1995, p. 852).

Assim, medir-se-á a legitimidade de um dado Estado de Direito, com base nas garantias idôneas que oferece à tutela dos Direitos dos cidadãos. Quanto mais efetivos forem os Direitos mais legitimo será o exercício do poder político. Nesse sentido, a constituição

serve muito mais como referência para a deslegitimação do que para a legitimação do exercício do poder.

Altera-se desse modo, substancialmente, o papel da ciência do Direito. A constatação da presença de vínculos substanciais à produção normativa implica a reformulação do conceito de validade, central para a compreensão do fenômeno jurídico. Afinal, se se pretende estudar o Direito, precisa-se estabelecer quais normas são válidas.

Assim,

“En una segunda acepción, “garantismo” designa una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” *en* el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia - dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica - que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas” (FERRAJOLI: 1995, p. 852).

Trata, portanto, com conceitos diferentes duas realidades diferentes mas que foram reduzidas uma à outra pelo positivismo, nas suas versões normativista (eficácia à validade) e realista (validade à eficácia). Funda, portanto, uma teoria da distinção entre normatividade e realidade, entre Direito válido e eficaz um e outro vigente. O garantismo torna-se, dessa forma, uma teoria do Direito normativista e realista ao mesmo tempo:

“referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de

validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar a su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad. Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación *interna* del derecho (...), que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión *crítica* hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en sua aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo” (FERRAJOLI: 1995, pp. 852-3).

Dessa forma, esta perspectiva científica e jurídica se afasta da concepção positivista tradicional reducionista, dogmática e ideológica que sugere ao jurista encobrir as antinomias, ocultando-as¹⁶. Ao considerar como universo do discurso jurídico todo o Direito vigente (válido/eficaz) e ao distinguir os conceitos de validade e eficácia evidencia as antinomias ao invés de ocultá-las e deslegitima, desde o ponto de vista do Direito válido, as práticas anti-garantistas do poder.

“En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal - y por otro tanto irrealizado y pendiente de realización - de sus propias fuentes de legitimación jurídica” (FERRAJOLI: 1995, p. 853).

O terceiro e último momento é dedicado à definição do Estado de Direito a partir de sua função de garantia dos Direitos dos cidadãos. Só assim este modelo de associação política se justifica e legitima. Um Estado de Direito incapaz de promover a mínima satisfação

¹⁶Pense-se mais uma vez na malfadada insistência de determinados autores sobre a existência de normas programáticas ou de eficácia contida.

dos Direitos Fundamentais eleitos como tais pela sociedade não merece ser chamado de Estado de Direito. É postulada assim, a primazia do indivíduo e da sociedade sobre o Estado.

Assim,

“En una tercera acepción, en fin, “garantismo” designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez e justicia, entre punto de vista interno e punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” *del* derecho. Y equivale a la assunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado” (FERRAJOLI: 1995, p. 853).

Esta postura frente ao Direito e ao Estado como sendo criações artificiais da sociedade para garantir-lhe a tutela dos Direitos foi, como viu-se, a característica marcante da doutrina contratualista que culminou na criação do próprio Estado Moderno. Também consiste na única característica aproveitável do Utilitarismo para a eficácia dos Direitos Fundamentais o postulado de que o Estado só é um bom Estado se for útil, ou seja, a instrumentalidade do Estado.

“(…) en general, la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado y no sólo del poder penal. En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o *ex parte populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o *ex parte principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra - o meta - o pre-jurídicos “fundamentantes”, o sea, los intereses y las necesidades “*artificiales*” que son las instituciones jurídicas e políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos (FERRAJOLI: 1995, p. 853-4).

A fusão destes três momentos delinea os elementos constitutivos da Teoria Geral do Gerantismo:

“el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él” (FERRAJOLI: 1995, p. 854).

Existem ainda três características que marcam a teoria de Ferrajoli. A primeira é a estreita conexão entre luta pelo Direito e Teoria do Direito, violando a Wertfreiheit do formalismo kelseniano. Com efeito, sua teoria da validade implica a alteração da postura dos operadores jurídicos em face ao Direito. Se para os positivistas, influenciados sobremaneira pelas formulações de Montesquieu que reduz a função do Direito à aplicação das normas feitas pelo legislativo, a postura dos operadores deve ser passiva, ou seja, não podem questionar o Direito vigente, a Teoria Garantista reclama uma postura ativa dos operadores haja vista o Meta-Direito representado pela constituição e que vincula materialmente a atuação do legislativo.

Em segundo lugar, aparecem, como ingredientes de fundo da teoria garantista, a crença na virtude da razão jurídica e na vocação despótica do poder. Sendo a discricionariedade a essência do poder, a sua sujeição ao Direito é a maior conquista das instituições jurídicas liberais. Neste sentido, o SG pode ser definido como uma técnica de diminuição da discricionariedade e maximização das expectativas garantidas como Direitos Fundamentais. Assim, as suas força e fraqueza decorrem ambas da luta individual e coletiva pela defesa dos Direitos Fundamentais.

A terceira e última diz respeito à separação entre direito e moral e, contudo, a necessidade de se recorrer a princípios morais que justifiquem as decisões político-jurídicas. Na verdade esta separação entre direito e moral quer dizer: num sentido assertivo, que moral e direito não se confundem; e num sentido prescritivo, que a moral não é suficiente nem em sede judiciária, nem em sede executiva a justificar a intervenção penal. “Todos os delitos são pecados, mas nem todos os pecados são delitos” (FERRAJOLI: 1993, p. 41).

Todavia, o deslocamento, em grande parte, da discussão entre moral e direito para uma discussão entre normas positivas (paradigma do Estado de Direito), não quer dizer que se tenha acabado com o conflito. Daí a existência e o primado do ponto de vista externo. Assim, é a partir de uma concepção relativista e anticognitivista da moral e de um enfoque realista à indagação politológica e sociológica sobre as instituições jurídicas, que é formada a Teoria Geral do Garantismo.

5. 2 - O Direito como sistema de garantias

Na primeira das três acepções “garantismo” significa o modelo de Direito comum ao Estado de Direito. Como viu-se, esta forma de associação política é marcada pelo princípio da legalidade. Este desdobra-se em duas idéias conexas mas distintas e que marcam o advento do Estado Moderno: a) governo *per leges*, ou seja, governo mediante regras racionalmente postas pelo homem, gerais e abstratas - em oposição à pessoalidade comum das dominações tradicionais ou carismáticas - e fruto da vontade geral; b) governo *sub lege*, ou seja, o poder político está submetido ao Direito.

A idéia de poder *sub lege* pode indicar, ainda, dois sentidos diversos, um lato, ou formal, e outro estrito, ou substancial. O primeiro indica que o todo o poder político é conferido pelo Direito (característica comum aos Estado Legais) e exercido mediante as condições estabelecidas pelo Direito. Já o segundo, surgido a partir do constitucionalismo, indica, por sua vez, que todo o poder é limitado pelo Direito, que condiciona suas formas e conteúdos (característica dos Estados Constitucionais).

“Diré que el primero de estos significados corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, mientras el segundo corresponde al uso inglés de *rule of law* y al italiano *stato di diritto*. En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero lo son por el contrario sólo los estados constitucionales - y, en particular, los de constitución rígida como es típicamente el italiano (e o brasileiro, o que será abordado oportunamente)¹⁷ -, que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder” (FERRAJOLI: 1995, p. 856).

Ambos os significados devem ser relacionados à concepção garantista da validade. Assim, o princípio da legalidade em sua versão fraca ou lata corresponde ao significado da validade formal, que diz respeito somente à competência e procedimento para o exercício do poder político. Já o princípio de legalidade em sua versão forte ou estrita corresponde ao sentido da validade substancial, que exige, além da validade formal, “que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión” (FERRAJOLI: 1995, p. 856).

O termo garantismo, como modelo normativo, confunde-se com a segunda acepção de Estado de Direito, ou seja, o modelo de estrita legalidade comum ao Estado Constitucional de Direito, caracterizado:

“a) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo - está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de este carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa

¹⁷Nota entre parênteses acrescida pelo autor deste.

en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial (...) El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. (...) En todos los casos se puede decir que la *mera legalidad*, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras la *estricta legalidad*, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su *legitimación substancial*". (FERRAJOLI: 1995, p.857).

Esta distinção põe em evidência a natureza da legitimação reclamada por um Estado Constitucional de Direito e as implicações trazidas para a compreensão da Democracia como forma de aquisição e exercício do poder político. Se no Estado Legal a legitimação consistia apenas na *forma jurídica do Estado*, no Estado Constitucional ela está vinculada a conteúdos predeterminados, eleitos como tais pela sua incorporação ao Direito mediante o pacto constitucional.

Existem assim, condições formais e substanciais que dispõem sobre a validade do jogo democrático. Novamente, se no Estado Legal as regras que determinam a aquisição e o uso do poder político são apenas formais e dizem respeito a quem pode decidir e como se pode decidir, no Estado Constitucional, a essas regras somam-se regras de caráter material que se referem a conteúdos mínimos indisponíveis pelo poder que determinam a esfera mínima da legalidade, representados pelos Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais, nasceram, como viu-se, no âmbito da doutrina liberal e, portanto, por ela influenciada. O Estado nasce, portanto, limitado apenas por proibições de caráter negativo que reclamam a abstenção por parte do poder da prática de certos atos - prestações negativas ou não prestações. Consistem, basicamente, na garantia para o indivíduo de não ser privado dos seus bens pré-políticos, ou seja, daqueles que existem já no Estado de

Natureza e dele são levados para o Estado Civil (concepção de Locke). São eles: a vida, as liberdades e a propriedade¹⁸.

Além de vincularem o Estado, ou seja, o exercício dos poderes públicos, também vinculam o exercício dos poderes privados, não permitindo sua privação nem com o consentimento do seu titular. Assim, nem por contrato pode-se deixar privar da vida e de determinadas liberdades pessoais,

“reconocidas a cada ciudadano como derechos “personalísimos”. Además de *inviolables* o *inderogables*, estos derechos son también *indisponibles* e *inalienables*: y es precisamente esto (...) que los distingue de cualquier otro tipo de derecho, en particular del derecho de propiedad y de los demás derechos patrimoniales, que no son inviolables, puesto que no son, obviamente, inalienables” (FERRAJOLI: 1995, p. 861).

Ao lado destes Direitos-resistência, foram positivados, pelo chamado Estado Social determinados Direitos que consistem não em uma prestação negativa do Estado mas numa atuação sua direta. São os chamados Direitos-exigência, ou Direitos Humanos de segunda geração (2. 1, supra). Nasceram, justamente, da verificação histórica da impossibilidade prática do gozo dos Direitos-resistência pelos não proprietários. Consistem nos Direitos à subsistência, à alimentação, à moradia, ao trabalho, em suma, a uma vida com dignidade, para que possa ter a faculdade de exercer as liberdades constitucionalmente garantidas.

“A diferencia de los derechos de libertad, que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar “sociales” o también “materiales”, son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* (o deberes públicos de hacer). La noción liberal de “estado de derecho” debe ser, en consecuencia, ampliada

¹⁸O Direito de propriedade, como se verá, é excluído por Ferrajoli do rol de Direitos Fundamentais, assim como o fora pela ONU.

para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones” (FERRAJOLI: 1995, p. 861).

A incorporação limitativa dos Direitos-exigencia muda radicalmente as bases materiais de legitimação do Estado. Como os Direitos de caráter liberal são pré-políticos, naturais, requerem do Estado apenas o seu respeito, ou seja o respeito às condições naturais de vida. Já os Direitos de caráter social, requerem uma prestação do Estado e dizem respeito às condições sociais de vida. Assim, não cabe ao Estado não apenas não piorar as condições de vida dos cidadãos (Estado Liberal) mas melhorá-las (Estado Social).

Os Direitos sociais, encontraram muito mais dificuldade para serem implementados. Segundo Ferrajoli são três os motivos estruturais (não políticos) desta mais freqüente violação:

“En primer lugar, efectivamente, mientras las garantías liberales requieren del estado prestaciones negativas consistentes en un no hacer y que, por consiguiente, de por sí no cuestan nada, las garantías sociales exigen al estado prestaciones positivas y tienen en consecuencia un coste económico, si bien no mayor para la colectividad que el del estado social burocrático o paternalista. En segundo lugar, mientras los “derechos de” responden al esquema de la *facultas agendi*, los “derechos a” lo hacen al de la *pretensión*; de suerte que los unos son situaciones que se pueden llamar *activas*, en el sentido de que son directamente activables o tutelables mediante el ejercicio pacífico por sus titulares, mientras que las otras son situaciones *pasivas*, cuya satisfacción requiere una actividad de otros sujetos. En tercer lugar, mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los “derechos de” da lugar a *antinomias*, es decir, a normas vigentes pero inválidas, la violación de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los “derechos a” produce *lagunas*, es decir, carencia de normas: y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma inválida, una laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable” (FERRAJOLI: 1993, p. 863).

O que importa ressaltar, acima de tudo é, contudo, que são complementares e que a dificuldade estatal de sua tutela idônea não o escusa de garanti-los. Foi mesmo para poder-se gozar os Direitos de primeira geração que apareceram os de segunda.

Os Direitos fundamentais, como viu-se, são regras que determinam a indisponibilidade jurídica do poder político. Demarcam, por um lado, a esfera do indecidível, quer dizer, aquilo sobre o que o Estado não pode decidir - decorrente das liberdades individuais, ou Direitos Humanos de primeira geração; por outro, a esfera do “indecidível” (obrigatoriamente decidível), quer dizer, sobre aquilo que o Estado não pode deixar de decidir - decorrente dos Direitos sociais ou Direitos Humanos de segunda geração. Criam-se dessa forma, implicações para o próprio conceito de Democracia.

Toda a teoria do Direito, sobretudo se se declara prescritiva deve comportar a aceitação de uma filosofia política de sustentação, seu pressuposto axiológico. A escolhida por Ferrajoli, consiste na identificação do paradigma do Estado Constitucional de Direito com a dimensão substancial da Democracia. O Direito aparece assim como um instrumento de defesa dos Direitos Fundamentais, externos a ele e por ele garantidos, a Democracia substancial como a sua versão no plano político-jurídico e a plena Cidadania como o seu exercício político.

Para além das provocações que este termo pudesse gerar sua escolha do adjetivo substancial significa, simplesmente, que as normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais e, portanto, toda a produção jurídica do Estado Constitucional (seu traço fundamental), são substanciais. Como já assinalado, a sujeição do Direito ao Direito, é gerado da dissociação entre vigor e validade das normas, sua racionalidade formal e material, segundo Weber (WEBER: 1984. *passim*). Dessa forma, é a própria possibilidade de existir um Direito substancialmente ilegítimo que é, a aparente paradoxal **condição sine qua non** da Democracia substancial.

Os direitos constitucionalmente garantidos operam, então, não como fonte de legitimação, mas ao contrário, como fonte de deslegitimação do poder. Nenhuma maioria poderia, portanto decidir contra esses Direitos e, se o fizesse, estaria distanciando-se do

Estado de Direito assim como definido por Ferrajoli, ou da Democracia substantiva, primeira acepção de garantismo.

O entendimento segundo o qual o cidadão é o único intérprete autorizado de seus interesses e que com base nesta afirmação critica a existência mesma dos Direitos Fundamentais bem como questionam sua legitimidade por aparentarem um caráter de autonomia frente aos seus titulares não contradiz o papel Democrático das regras substanciais de Direitos Fundamentais. Na verdade eles não são estabelecidos à revelia de seus titulares, pois são eles resultados de um longo processo histórico¹⁹. A Constituição, contrato social escrito, onde estão positivados aqueles Direitos é, justamete, a expressão de uma maioria qualificada. A sua diferença quanto a outros direitos decorre de, sendo nela positivados sob a forma de Direitos Fundamentais, eles valem independentemente da vontade da maioria.

Pode-se argumentar, ainda, que pode-se democraticamente determinar que alguns Direitos Fundamentais sejam melhor satisfeitos pelo mercado que pelo Estado, ou seja, sem a intervenção direta deste. Esta argumentação é falaciosa pois não questiona os Direitos Fundamentais nem sua estrutura suporte - a distinção entre estes e os demais direitos subjetivos - mas os meios de sua satisfação, que encontram-se, segundo Peña, no espaço de discricção do legislativo²⁰ (PEÑA: 1996, *passim*). Assim, o Estado não se exime nunca da responsabilidade de garantia dos Direitos Fundamentais e esta garantia confunde-se com o conceito de Democracia substancial.

Será examinado agora como a primeira acepção do garantismo implica a segunda, ou seja, como a constatação de uma dimensão substancial do Estado ou da Democracia influenciam a Teoria do Direito.

5.3 - Papel crítico e normativo da ciência do Direito:

a reformulação do conceito de validade

¹⁹Daí a necessidade da abordagem efetuada no primeiro capítulo.

²⁰Ainda segundo o autor supra citado, é a função mema do legislativo dar a direção política do ordenamento, ou seja, o modo como serão satisfeitos os direitos.

A teoria do “Garantismo” não é uma “teoria pura”, formal, como a de Kelsen, maior expoente do positivismo, assumindo o seu caráter prescritivo. Contudo, não se trata apenas de uma simples questão de opção, mas deriva da constatação de que o próprio objeto de análise da teoria, ou seja, o Direito comum aos Estados Constitucionais de Direito ao caracterizar-se por estar materialmente sujeito ao próprio Direito, implica introdução de valores metajurídicos com caráter normativo, ou seja, prescritivo.

Este Direito é positivo, ou seja, posto por homens o que implica ser ele um objeto artificial, produzido por outras teorias; e também está sujeito ao direito, de forma que não só o seu ser vem incorporado ao ordenamento mas também seu dever ser. Possui, assim o Sistema Garantista (SG) um duplo caráter normativo: a) sentido meta-jurídico (somente normativo e prescritivo), que corresponde ao *dever ser do* Direito; b) sentido jurídico, que compreende o *dever ser no* direito (normativo e prescritivo) e o *ser do* Direito (descritivo).

As duas características desta concepção jurídica são o juspositivismo e o constitucionalismo e correspondem aos dois princípios sobre os quais se funda o SG, o de mera legalidade, ou convencionalismo, (condição necessária do modelo) e o de estrita legalidade (condição suficiente). A mera legalidade é condição necessária do modelo pois é o pressuposto que garante a certeza dos conteúdos das garantias materiais constitucionalmente positivadas. Assim, a crítica ao convencionalismo como não sendo uma condição do SG e da certeza do direito pois em nome dele diversos crimes foram cometidos perde sua razão de ser, dado que é condição necessária mas não suficiente do modelo.

Os princípios do modelo garantista de Estado e Direito (que na análise de Ferrajoli se confunde com o moderno Estado de Direito e sua concepção jurídica) são passíveis de concretizá-lo, somente através da articulação do ordenamento em diversos níveis normativos e da dissociação entre os conceitos de vigência e validade das normas. A noção de dever ser no Direito presente na obra, identificada pelo conceito de validade (que deixa de ser meramente formal e assume a dimensão substancial), é a característica, segundo ele, dos Modernos Estados de Direito e possibilita a crítica dos conteúdos das prescrições jurídicas, de um ponto de vista interno ao ordenamento.

Hodiernamente, esta forma de dominação política apresenta uma rígida estrutura normativa que se caracteriza, segundo Ferrajoli:

“a) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fático en relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) por la conseguinte ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento” (Ferrajoli, 1995: p. 872).

A reformulação do significado de validade é o ponto central da obra de Ferrajoli, que de existência (para Kelsen), passa a ser dividido em dois conceitos distintos. O de existência ou vigor, que respeita à validade formal da norma, e o de validade propriamente dito, respeitante à validade material. O primeiro diz respeito às regras que disciplinam a forma de criação de outras normas (competência e procedimento). O segundo se refere à necessidade de identificação, ou não contradição, entre os conteúdos das normas inferiores e superiores. Neste sentido, a validade da norma inferior é condição de eficácia da norma superior e vice-versa.

Existe, portanto, uma clara distinção entre os juízos sobre o vigor da norma e os juízos sobre sua validade. Os primeiros tem duas dimensões. A primeira é fática e diz respeito ao ato normativo que criou a norma, e a segunda é normativa, ou seja, se este fato está de acordo com a norma sobre a produção das normas, que disciplina o ato normativo. Os segundos, apresentam apenas uma dimensão normativa que se caracteriza pelo confronto entre os conteúdos da norma produzida, ou seja, seu significado e àqueles conteúdos superiores no que toca à matéria sobre a qual a norma dispõe. Ambos, portanto, se configuram como

“observância” das respectivas normas sobre a produção. No primeiro caso, trata-se da conformidade ou correspondência de um fato ao que estatui uma norma; no segundo a não contradição ou a compatibilidade lógica entre dois significados.

Esta concepção de validade e sua distinção do conceito de vigor é a condição e o traço distintivo desse moderno Estado de Direito caracterizado pela forma positiva do seu direito e pela disciplina constitucional de seus conteúdos. A confusão, portanto entre as duas noções, presente no normativismo (que alarga o significado de validade fazendo-o coincidir com o de existência) e no realismo (que restringe o significado de existência fazendo-o coincidir com o de validade) gera profundas incompreensões daquele fenômeno - o moderno Estado de Direito.

Em primeiro lugar impede de dar conta da existência de normas vigentes mas inválidas. E, o que é pior, não se dá conta, por um lado, do papel normativo do direito e assim do paradigma do Estado de Direito e, por outro, da crítica das leis inválidas e assim do papel pragmático da jurisprudência e da ciência jurídica. Move-se, assim do reconhecimento de fato da conformidade da forma do ato normativo com a norma de procedimento sobre sua produção e assim da existência jurídica da norma produzida para a dedução da sua validade.

É isso, justamente, o que a separação entre validade e vigor vem contestar. O paradigma do Estado de Direito, dessa forma, além de conferir à teoria do Direito o papel normativo-prescritivo, impõe um papel crítico-normativo à dogmática jurídica, que se exprime através dos juízos de validade das normas, que são qualitativamente diferentes dos juízos de existência, apesar de serem ambos opináveis e valorativos.

A diferença entre ambos (como já abordado) em ser o juízo de vigor um juízo de fato e de direito, enquanto o juízo de validade é apenas de direito. Esta diferença torna os juízos de vigor um pressuposto lógico dos juízos de validade. Porque a existência é predicada unicamente a um fato - o ato normativo em sua forma empírica. Já os significados das normas, estes não existem por si mesmos, no sentido de que não existe um referente empírico independente de sua forma ou enunciação. Logo a constitucionalidade supõe a positividade, assim como a estrita legalidade supõe a mera legalidade.

A teoria da validade por ele exposta não afirma que as normas existentes seriam sempre formalmente válidas mas a implicação inversa, ou seja, que uma norma sem vícios formais é existente (vigente) e que a validade material (validade) supõe a validade formal (vigor). A extensão e o grau dos vícios que ensejariam, contudo, uma anulação da norma ou a sua não existência, ou ainda, a sua não recepção pelo sistema, é uma questão de direito positivo e não de teoria geral. O papel da teoria geral é somente fazer com que as normas denotem os vícios de maneira taxativa e distingui-los - sanáveis/insanáveis - e com que não se confundam com a invalidade do seu significado, do seu conteúdo.

O que importa ressaltar é que o jurista pode criticar internamente o ordenamento, dado que podem existir, e de fato existem, normas vigentes e inválidas. O paradigma normativista, caracterizado pela insistência em identificar a validade com a existência da norma e que pode ser explicado pelo dogma da presunção de regularidade dos atos do poder - presunção de legitimidade do ordenamento - chamado por Carl Schmitt de “o prêmio supra-legal da posse do poder legal”, é, dessa forma, superado. O jurista ao criticar o direito vigente (e para Ferrajoli isto é fazer ciência) assume os valores constitucionalmente positivados como parâmetros do próprio discurso jurídico, independentemente da sua adesão moral. Pode esta servir para uma crítica do ponto de vista externo do ordenamento e marca a distinção entre ciência jurídica e política jurídica. Assim, os juízos de validade são científicos e desempenham um controle da produção normativa, comum ao Estado de Direito.

Já a característica constitucional faz a ponte entre o Direito e os valores metajurídicos que engendraram o Estado positivados sob a forma de Direitos Fundamentais. O reconhecimento, portanto, da existência de valores aos quais o Estado de Direito deve-se conformar, possibilita a crítica do Direito desde um ponto de vista externo ao ordenamento jurídico, o que será abordado no capítulo sexto.

Derruba-se, dessa forma, o dogma Juspositivista da submissão do juiz à lei. Com efeito, o constitucionalismo, introdutor da forma substancial de Democracia (primeira acepção de garantismo) e a distinção entre validade e vigência das normas (segunda acepção de garantismo), implicam uma nova racionalidade jurídica. O juiz assim, mais que submetido à lei, está submetido à constituição, ou seja, ao Direito válido e, deixa de ser um funcionário

somente do Estado, mas e, principalmente, volta a ser um funcionário da sociedade com a missão de garantia dos Direitos Fundamentais.

6 - Para uma Teoria Garantista dos Direitos Humanos

6. 1 - O objeto da garantia: os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais

Os Direitos Humanos foram incorporados ao Direito, em seu nível constitucional, sob a designação de Direitos Fundamentais.

“Los derechos fundamentales son la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social y estos no son sino el fundamento de aquéllos. La principal consecuencia de esta conexión con los valores externos será la de considerar a los derechos fundamentales como el vaso comunicativo o la correa de transmisión de los valores dimanantes de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico-político” (PEÑA: 1996, p. 87).

Estes Direitos possuem as mesmas características intrínsecas dos Direitos Naturais assim como definidas pelos jusnaturalistas, somadas àquelas adquiridas com a sua incorporação pelo ordenamento jurídico estatal. Com efeito, os Direitos Fundamentais apresentam na sua configuração um caráter de duplicidade que irá influenciar a estrutura normativa do Estado Constitucional.

A primeira destas características²¹ é o fato de serem fruto de uma concepção individualista de sociedade. Por nascerem da positivação dos Direitos Humanos, ligam-se às premissas jusnaturalistas do surgimento do Estado mediante o contrato entre indivíduos livres e iguais tomados como um valor em si mesmos. Supera-se, assim, a concepção holística de sociedade que marca a civilização ocidental até o advento da modernidade.

A segunda característica destes Direitos deriva da primeira e diz respeito ao entendimento de que são prerrogativas dos indivíduos frente ao Estado. O fato de que o valor supremo da sociedade individualista é o próprio indivíduo reflete-se na sua posição de

²¹Estas características definidoras dos Direitos fundamentais são as mesmas apresentadas por CADEMARTORI em obra supra citada.

superioridade em relação à sociedade e ao Estado. Possui o indivíduo, portanto, Direitos que limitam e delimitam o exercício do poder político²².

Bobbio, partindo de uma análise histórica do aparecimento e desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, agrega às suas características a historicidade (BOBBIO: 1992, pp. 25 e ss). Com efeito, a Doutrina dos Direitos Humanos cujos conteúdos transformaram-se em Direitos Fundamentais, nasce com o individualismo. Além disso, cumpre salientar que os Direitos Fundamentais, individualmente considerados, apesar de derivarem todos do postulado de centralidade da pessoa, não nasceram todos ao mesmo tempo, sendo também historicamente datados.

Não se pode fundamentar, portanto, estes Direitos num dado objetivo, extraído da natureza humana. Como Kant já explicitara, a lei moral, responsável pela constituição do Direito possui o caráter da indeterminação pois situa-se no reino da liberdade e não no da necessidade. Bobbio, mais uma vez apoiando-se na historicidade dos Direitos Fundamentais, procura fundamentá-los não mais mediante uma natureza humana subjacente à do homem em sociedade, mas através do consenso geral entre os homens a respeito dessa natureza. A prova apresentada por ele são as cartas de Direitos reconhecidas por todas as sociedades civilizadas.

O fato de serem inerentes à condição de ser humano, historicamente determinada, ou seja, afetarem-no pelo simples fato de existir, faz dos Direitos Fundamentais uma categoria de Direitos inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Isto é, acompanham toda a trajetória de vida da pessoa. Pelo mesmo motivo, ao contrário dos direitos subjetivos dos quais são titulares homens em situações determinadas e cujo gozo se dá mediante a exclusão dos demais, os Direitos Fundamentais possuem caráter inclusivo, pois ao contemplarem indiscriminadamente a todos os homens, só podem ser exercidos por um quando podem ser exercidos por todos.

Contudo, além destas características que os definem e distinguem dos demais direitos subjetivos, ao serem positivados são também direitos subjetivos, de caráter público, em oposição aos de caráter privado. Apesar da definição dos Direitos Fundamentais como direitos

²²Ronald Dworkin define os Direitos Fundamentais (direitos morais) como aqueles que o Estado não pode retirar sem descaracterizar o Estado de Direito.

subjetivos públicos implique, por um lado, o ocultamento das características que os distinguem dos demais²³, por outro, indica a sua natureza normativa e positiva como qualquer outra norma emanada do Estado. E, neste caso, ainda maior, haja vista sua colocação no topo da pirâmide normativa.

A incorporação dos Direitos Fundamentais à constituição, contudo, resultou no estabelecimento de uma querela entre os juristas para determinar a natureza destes “novos” Direitos. Decorre esta polémica da caracterização dos Direitos Fundamentais ora como fundantes ora como fundados pelo Estado.

Os teóricos de raízes jusnaturalistas tendem a identificá-los com os Direitos Naturais, presentes nas doutrinas contratualistas. Como o contrato social nasce para protegê-los, tem-se a concepção destes Direitos como fundantes do Estado e do Direito. Assim, são considerados como anteriores e superiores ao Estado que a eles deve conformar sua atuação. Já os que estão ligados a concepções positivistas tendem a considerar os Direitos Fundamentais como fundados pelo Estado. Não seriam assim anteriores e superiores a ele mas dele originados sob a forma de direitos subjetivos públicos.

Esta querela, contudo, não pode ser resolvida mediante estas reduções do alcance dos Direitos Fundamentais. São chamados de fundamentais porque realmente fundam o Estado de Direito na sua variante constitucional e, portanto, são logicamente e historicamente

²³Peña assinala ainda três tipos de dificuldades que se apresentam ao tratar-se os Direitos Fundamentais como direitos subjetivos públicos. As primeiras de caráter político: “Si vinculamos la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos a la asignación de derechos subjetivos realizada por el poder político mediante decisiones normativas expresas, quedará en manos de este poder la competencia para la determinación del campo de posibilidades de la protección jurídica, es decir, el control de la función de garantía”. As segundas de caráter axiológico: “Los derechos fundamentales son el campo de no poder donde toman forma identidades, necesidades y valores - personales y sociales - de carácter externo. Las demandas motivadas por estas identidades generan una dinámica continua de expansión/afirmación/expansión de los derechos fundamentales que pretende un incremento de los niveles globales de igualdad. En el extremo opuesto se encuentra el campo de poder de los derechos subjetivos, que reflejan las distintas posiciones y títulos jurídicos de los individuos. (...) De este modo, el derecho subjetivo, en tanto que expediente nacido para la tutela de situaciones jurídicas de desigualdad, resultaría no ser el mecanismo más adecuado para la protección y garantía de situaciones de igualdad, como son los derechos fundamentales con los que se confrontaría en un plano axiológico”. As terceiras e últimas de caráter estrutural: “Los derechos subjetivos, como conglomerado de situaciones jurídicas, dependen de una serie de actos jurídicos realizados por determinados sujetos y que condicionarán su relación con las modalidades deónticas que integran el estatuto del derecho. (...) Frente a este modelo, las facultades inherentes a los derechos fundamentales como libertades no obedecen a título o causa jurídica alguna y corresponde a todos su disfrute...” (PEÑA: 1996, p. 147).

superiores e anteriores à experiência estatal. São, contudo, também fundados pelo Estado, na medida em que se tornam um produto do Direito porque emanados do órgão legislativo e componentes do ordenamento jurídico estatal.

Reflete-se, assim, a ambivalência constitutiva da noção dos Direitos Fundamentais, como anteriores ao Estado e ao mesmo tempo positivados no nível mais alto do ordenamento. Dessa forma, além de consistirem no parâmetro moral de avaliação do exercício do poder político - representando um ponto de vista extra jurídico - também consistem no princípio normativo do Estado Constitucional de Direito, que possui caráter vinculante e obrigatório sobre todo o ordenamento, onde as normas infraconstitucionais procurarão sua validade - representando também um ponto de vista interno ao ordenamento.

Assim, de um lado estão ligados às premissas constitutivas do Estado e por isso anteriores a ele. Justificam, assim, críticas externas ao Direito quando este deixa de servir à sociedade. Implica este entendimento a constatação de superioridade da sociedade em relação ao Estado e ao Direito. De outro, porque os Direitos Fundamentais como princípios normativos integradores do Direito determinam os seus conteúdos possíveis possibilitam a crítica interna do Direito mediante a constatação de desvios entre o programa ideal estabelecido constitucionalmente e a sua realização pelo Estado Real de Direito.

Em definitivo: o fato de os Direitos Humanos (como Direitos Fundamentais) serem fundantes do Estado deve torná-los intocáveis pelo poder político, limitando-o. Apresentam, dessa forma, um caráter vinculante para com o poder. Já o fato de consistirem em regras emanadas pelo Estado em nível constitucional implica a vinculação de todo o Direito aos Direitos Fundamentais, bem como dos poderes privados representados pelos indivíduos em sociedade.

Ferrajoli aponta três características fundamentais que os distinguem dos direitos patrimoniais: a) sua universalidade, base da igualdade **en droits**; b) sua indisponibilidade, donde decorrem as características da inalienabilidade, insuprimibilidade e inviolabilidade; c) são sempre **ex-lege** e seu exercício, ao contrário dos direitos patrimoniais não produz efeitos.

O rótulo de **liberalismo sui generis** cunhado por Eligio Resta (RESTA: 1993, *passim*) dá a dimensão do enfoque garantista dos direitos fundamentais, ou seja, da separação do binômio liberdade-propriedade para se melhor conjugar os direitos de cunho liberal-individuais com os direitos e garantias sociais, superando as antinomias geradas ao se considerar o direito de propriedade um Direito Fundamental. O possível aparecimento de antinomias, agora, deve ser encarado como uma natural oposição entre o exercício de dois direitos quaisquer.

Mario Jori (JORI: 1993, *passim*) critica a exclusão do direito de propriedade do rol de garantias individuais por não vislumbrar diferenças lógicas entre ambos, subestimando as diferenças apontadas por Ferrajoli. Jori assevera que o direito de propriedade apresenta o mesmo ponto de partida dos direitos fundamentais. Esquece-se Jori de que a igualdade de condições de aquisição é, justamente, o resultado de uma espécie específica dos direitos fundamentais, os direitos civis da capacidade de agir e da autonomia privada, que não podem ser confundidos com o direito de propriedade.

Subestima Jori, em primeiro lugar, a forma universal e igual dos direitos fundamentais, em oposição à forma existencial e desigual do direito de propriedade. Em segundo lugar, ele afirma que assim como sou obrigado a respeitar a propriedade alheia, sou obrigado a respeitar a liberdade de opinião alheia. Mas não é essa a distinção ressaltada por Ferrajoli, senão que o exercício das liberdades não produz efeitos enquanto o exercício do Direito de propriedade pode produzir. Ainda segundo Ferrajoli, esta incompreensão deriva do descaso de Jori com a terceira e talvez mais importante distinção entre os direitos fundamentais e o de propriedade, qual seja, a indisponibilidade dos primeiros e a disponibilidade dos segundos (FERRAJOLI: 1993, *passim*). Para Jori, seria a indisponibilidade uma exceção à regra geral da disponibilidade dos direitos que deveria ser examinada caso a caso, acusando o manto da indisponibilidade de um disfarçado paternalismo. Contudo, faz parte, mesmo, dos direitos fundamentais, enquanto característica necessária, a indisponibilidade. E, mesmo que admitíssemos a tese de Jori, haveria um direito que seria sempre indisponível, qual seja, o da autonomia e liberdade da pessoa.

Existe ainda uma quarta diferença fundamental entre os direitos fundamentais e os de propriedade: os primeiros são inclusivos, ao passo que o segundo é exclusivo. Não somente no sentido jurídico, mas também no sentido social. Ou seja, não posso usufruir das garantias que não podem ser usufruídas por todos. Assim, o exercício da cidadania constitui-se na garantia social dos Direitos Fundamentais, ou seja, na ação de todos para assegurar a cada um seu usufruto, na **garantia externa**, “extra jurídica” dos Direitos Fundamentais.

6. 2 - Os Direitos Humanos levados a sério

A Concepção de Direito que talvez mais se aproxime da concepção Garantista é a de Ronald Dworkin. Essa semelhança ocorre, sobretudo, no alcance e limites Direitos Humanos. Ainda que partam de premissas e fundamentos diversos, principalmente porque formados em tradições jurídicas distintas, concordam que a função primordial do Estado é a Garantia daqueles Direitos.

Dworkin entende os Direitos Humanos como Direitos Morais dos indivíduos frente ao Estado. O conceito de Direitos Morais não pode ser apresentado sem maiores problematizações pois, à primeira vista, a própria existência de um direito subjetivo de caráter moral pode ser questionada. O fato é que o próprio modelo de Direito apresentado por Dworkin, estruturado sobre a postulação da existência de princípios de cunho moral mas que, por outro lado, assume uma postura cognitivista frente ao Direito, postulando inclusive a existência de uma única resposta correta para as questões jurídicas controvertidas, apresenta uma dificuldade de compreensão que impede a discussão de todas as suas implicações para a ciência jurídica em um trabalho de caráter monográfico. O que importa assinalar, contudo, é que o conceito de Direito Moral utilizado será meramente instrumental e pretende refletir apenas a sua significação jurídica.

Para Dworkin a Constituição consiste em uma fusão entre problemas jurídicos e morais e, como é a norma que fecha o sistema jurídico positivo, possui o status de controladora da validade dos conteúdos das demais normas. Contudo, por enunciar direitos cujo caráter é a amplitude e a indeterminação - ao menos quanto aos seus limites - determinar concretamente a atuação destes direitos é tarefa para juízos morais. Sobretudo porque esta

enunciação é feita muitas vezes por princípios que precisam ser integrados entre si e com as demais normas que os limitam. Assim, um juízo que implica a limitação ou definição de um Direito Moral é sempre um juízo de valor, e deve ter como fundamento um bem jurídico cuja proteção se sobrepõe ao direito ora limitado.

Portanto, uma lei que venha a limitar um Direito Moral precisa apresentar uma justificativa de caráter também moral. Caráter este que deve estar relacionado a outro Direito Moral que com aquele seja concorrente. Nesta perspectiva um Direito Moral frente ao Estado só pode ser limitado por outro Direito Moral. Entendendo-se os Direitos Humanos como uma espécie de Direitos Morais do indivíduo, um Direito Individual só pode ser limitado por outro Direito Individual que no caso concreto apresente um peso moral de maior relevância. Assim, a liberdade de expressão só pode ser limitada em seu exercício na proteção de outros direitos individuais como o de não ser caluniado, injuriado ou difamado.

Este modelo de proteção aos Direitos Humanos, segundo o próprio Dworkin, deriva de duas idéias básicas. A de dignidade humana, que remonta à Kant²⁴ e a idéia de igualdade política, pilar da democracia moderna. Assim, o indivíduo é tido como valor supremo, única maneira de se tratar os Direitos Humanos à sério, ou seja, sem submetê-los às escolhas das majorias manipuláveis. Desta forma, cai por terra qualquer justificativa moral para limitação de um Direito Individual cujo argumento seja o direito da sociedade (ou de sua maioria) a não ter seu modo de vida ameaçado pelo exercício de Direitos Individuais. Afirmar que os Direitos Morais Individuais podem ser limitados por eventuais deliberações de majorias ou via deliberações estatais significa afirmar a não existência de Direitos Morais.

A questão da necessidade de justificativa moral para a validade de uma lei que restrinja os Direitos Morais conduz a outra questão relevante. Pois se nem todas as leis apresentam tal justificativa não se pode postular uma obrigação moral geral absoluta do cidadão de obedecer às leis. Assim, num Estado de Direito que tem por função a garantia dos Direitos Humanos, a obrigação de obedecer às leis de um modo geral é apenas jurídica. E mais, sempre que o cidadão sentir-se violado em algum Direito Moral Individual sem que possa identificar como fundamento desta violação a garantia de outro direito com aquele

²⁴ Cf. supra.

concorrente, passa a possuir um Direito também de caráter moral de desobedecer à norma violadora até a questão ser decidida pelo judiciário.

A desobediência civil em um Estado de Direito assume, assim, um papel dos mais relevantes que pode ser desdobrado em seus aspectos político e jurídico. Politicamente possui um caráter de pressão para que os Direitos Humanos deixem de ser violados pelos entes político-administrativos do Estado. Juridicamente, possui o condão de reacender a luta pelo Direito assim como reclamava Jhering (JHERING: 1980, *passim*).

6.3 - Primado da sociedade ao Direito e ao Estado:

a luta pelo Direito como exercício da cidadania e garantia da Democracia

É a autonomia crítica e prescritiva da política e da moral sobre o direito positivo que faz com que este seja um meio para realizar os valores meta-jurídicos, ou seja, externos. Com este princípio conectam-se, ao menos, duas teses: a) A refutação do legalismo ético; b) a inexistência de uma obrigação política e moral, senão jurídica de obedecer às leis.

A refutação do legalismo ético representa a própria assunção de um ponto de vista externo, ou seja, de um modelo *heteropoiético*²⁵ do direito. A existência, contudo, de valores que habitam o imaginário dos operadores e que, segundo Ferrajoli devem estar ancorados na própria Constituição não implica uma contradição do modelo heteropoiético como é entendido por Ferrajoli. Pois o primado de um ponto de vista extra-jurídico, não impede que o direito assumam determinados valores. Como vimos este é o próprio traço distintivo do estado de direito.

Quanto ao tema da obrigação moral este nos remete a duas perguntas: a) a obrigação de obedecer às leis é universalizável?; b) o estado de direito pode pretender uma adesão moral para além da adesão jurídica?. Segundo Ferrajoli, a resposta afirmativa a estas duas questões nos faria cair em um legalismo ético, já refutado. Na verdade, a adesão moral do cidadão ao estado de direito depende justamente do fato de ele não a pressupor e este é o risco que uma Democracia deve correr para que não seja negada. Assim o direito de resistência está

²⁵Ferrajoli designa por modelo heteropoiético de Estado o Estado-instrumento, característica do Estado Constitucional, definido como um sistema de garantias idôneas à satisfação dos Direitos Fundamentais.

indissolúvelmente ligado à lógica própria do Estado de Direito e surge, justamente, quando o sistema ordinário de garantias não funciona.

Aqui reaparecem o indivíduo e a sociedade como aqueles que devem garantir através das lutas políticas a implementação eficaz dos Direitos Fundamentais. Neste sentido, as mesmas lutas que levaram à derrocada do Estado Absolutista e que após avanços e retrocessos culminaram no advento do Estado Constitucional de Direito em sua versão social, são necessárias para a implementação daqueles Direitos; e essa luta, num Estado Democrático se dá através do exercício da cidadania²⁶.

Assim uma perspectiva reforça a outra. A perspectiva política do exercício da cidadania reforça a possibilidade de efetivação de Direitos Fundamentais e de criação de novos Direitos. Já a perspectiva jurídica do gozo dos Direitos Fundamentais amplia a capacidade política do cidadão para o exercício mesmo da cidadania e, novamente lutar pelos Direitos. O espaço Democrático consiste, portanto, numa latência constante por legalidade e a legalidade, por sua vez consiste num espaço de conquista.

Neste sentido todos os meios possíveis, desde que não violentos, deverão ser admitidos como jurídicos para o exercício pleno da cidadania desde que estejam fundados em alguma pretensão alcançada por algum Direito Fundamental. Entre eles está o Direito à desobediência civil, que é a condição necessária para apontar justamente os défices de legitimidade comuns ao Estado de Direito.

²⁶Para uma exposição completa sobre o assunto, ver Boaventura de Sousa Santos, "Pela mão de Alice" (SOUSA SANTOS: 1995).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A) O modelo brasileiro de Estado de Direito:

A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais

Antes de efetuar-se a aplicação do aparato conceitual garantista ao modelo normativo do Estado brasileiro é necessário atentar para a legitimidade desta aplicação, ver se esta é uma aplicação possível, ou seja, se o Brasil é, normativamente um Estado garantista. Para isso, basta que se observe se o modelo brasileiro apresenta as características distintivas do garantismo em sua primeira acepção, ou seja, de um Estado Constitucional com Constituição rígida e uma carta de Direitos inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e positivada sob a forma de Direitos Fundamentais.

Basta abrir a Constituição para dirimir qualquer dúvida de que seja este o caso do Brasil. O Estado brasileiro possui uma das mais avançadas cartas de Direitos constitucionalmente garantidos que inclui Direitos individuais, sociais, coletivos e até mesmo transindividuais, bem como uma gama muito extensa de ações constitucionais para garanti-los. Além disso, as regras para a revisão constitucional²⁷ implicam sempre maiorias qualificadas,

²⁷Deve-se lembrar, sobre as normas de revisão, a lição de Canotilho: *“Consideram-se limites absolutos de revisão todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão; serão simples limites relativos aqueles limites que se destinam a considerar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites.*

A existência de limites absolutos é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da dupla revisão.

Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela Constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional. Assim, os limites de revisão constantes dos arts. 286 e seguintes da Constituição poderiam ser ultrapassados se o legislador de revisão ab-rogasse, em primeiro lugar, estas normas, e, posteriormente, estabelecesse as alterações julgadas necessárias, de acordo com a lei de revisão sobre normas de revisão.

A tese do duplo processo de revisão, conducente à relatividade dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como normas supraconstitucionais. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador da revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria garantia da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional” (CANOTILHO: 1991, pp. 1137-8).

bem como colocam-se a salvo da possibilidade desta revisão as cláusulas pétreas, ou de imodificabilidade, entre elas os princípios federativo, republicano e os Direitos Fundamentais.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o modelo normativo adotado no Brasil é garantista. Não é outra a conclusão a que chega Sérgio Cademartori em recente tese supra citada, ao emprender análise semelhante, atentando ainda para outras garantias dispersas ao longo de todo o texto constitucional, não apenas no Título II: “Fica assim demonstrada a hipótese de que o ordenamento constitucional brasileiro afirma ser a República Federativa do Brasil um Estado de Direito na acepção completa do termo” (CADEMARTORI: 1997, p. 255).

Os Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional encerram tanto os Direitos Humanos de primeira geração como os de segunda e terceira²⁸. Assim, têm-se garantidas as chamadas liberdades individuais²⁹ e, ao mesmo tempo, os Direitos sociais, entre outros espalhados ao longo do texto constitucional, reforçando a tese da complementaridade dos Direitos Humanos. Dessa forma, também resolve-se positivamente o problema de se poder ou não aplicar o referencial teórico garantista na análise da legitimidade ou ilegitimidade do exercício do poder político no Brasil contemporâneo.

“O garantismo enfoca como objeto privilegiado de sua análise os Estados de Direito contemporâneos, os quais se caracterizam pela estatuição de normas tendencialmente garantistas (isto é, que tem como escopo a plamação a nível normativo de valores fundamentais para a pessoa humana) e, paradoxalmente, a realização de práticas tendencialmente anti-garantistas. Até certo ponto, esta contradição é constitutiva da estrutura dos modernos Estados de Direito. O que o garantismo apresenta de utilidade para o teórico do Direito é a possibilidade de reduzir essa defasagem ao seu mínimo. O fato é que a dimensão das práticas anti-garantistas têm assumido um tamanho incomensurável, comprometendo a própria legitimidade dos governantes. Tal legitimidade é vista aqui como *adequação de produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados*

²⁸Nunca é demais ressaltar que José Alcebíades de Oliveira Jr. em recente obra trabalha com cinco gerações de Direitos, sendo representadas, pelos direitos nascidos da revolução tecnológica operada na genética (quarta) e na computação (quinta).

²⁹A respeito das liberdades individuais ver Ronald Dworkin (DWORKIN: 1989, pp. 380-95), em que o autor contesta a idéia de um direito genérico à liberdade.

nas cartas de Direitos Fundamentais” (CADEMARTORI: 1997 p. 256).

O que se percebe é uma total incompreensão por parte do poder da sua sujeição ao Direito válido aliada a uma atitude de completo descaso para com as instituições democráticas substanciais. Em nome de um projeto de poder político de alguns poucos e econômico³⁰ de outros poucos, sacrificam-se diuturnamente os Direitos Fundamentais. Pode-se dizer assim, que o exercício do poder político no Brasil contemporâneo se dá de uma forma absurdamente ilegítima.

B) O déficit constitucional como ilegitimidade patológica e suas conseqüências para o exercício da cidadania

O nível de ilegitimidade do exercício do poder é dado, justamente, pelo desrespeito aos Direitos e Garantias Fundamentais. Pode-se afirmar, assim, que os Direitos e Garantias Fundamentais operam não como fonte de legitimação, mas ao contrário, como fonte de deslegitimação do poder. Portanto, quanto mais eficazes forem as normas superiores, no sentido de produzir um ordenamento jurídico formado por normas válidas, mais legítimo será o exercício do poder político e mais próximo portanto estaremos de um Estado de Direito.

A possibilidade, contudo, de existir um exercício ilegítimo do poder político (característica mesma das Democracias substanciais - primeira acepção de garantismo), pode levar, como é o caso do Brasil, a parâmetros completamente absurdos, fora, portanto, dos limites passíveis de serem admitidos como estruturais (comuns a um modelo não totalitário), gerando uma ilegitimidade patológica, onde a regra parece ter-se invertido, ou melhor, onde a regra tornou-se exceção. Dessa forma, as normas constitucionais que determinam a validade de todo o sistema são diuturnamente violadas pelo Estado. Uma tal ilegitimidade patológica traz consigo efeitos perversos, profundamente deletérios para a sociedade como um todo.

³⁰A respeito da colonização do político e do jurídico pelo econômico veja-se Boaventura de Sousa Santos, “Pela Mão de Alice” (SOUSA SANTOS: 1995, *passim*).

Em primeiro lugar, possui um efeito imediato constante do conteúdo das próprias violações. Ou seja, o desrespeito mesmo aos direitos constitucionalmente garantidos, da liberdade - que necessitam da abstenção do Estado de cometer arbitrariedades e de garantir a integridade das pessoas contra arbitrariedades alheias - e a não efetivação dos direitos sociais - pelo descumprimento por parte do Estado das suas obrigações de caráter social - gera insegurança, tanto jurídica quanto social e tende a reproduzir as desigualdades sociais de modo a perpetuá-las.

A não eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais implica, no que concerne ao exercício do poder político, uma carga muito grande justamente de retorno das práticas que foram sendo paulatinamente afastadas do Estado assim como da Sociedade³¹. São exemplos destas práticas as violações cometidas contra o direito à liberdade e integridade física das pessoas (diuturnamente nos noticiários), assim como o desamparo aos trabalhadores (traduzido pelo irrisório salário mínimo e pelo elevado nível de desemprego), sem mencionar o descaso para com famílias que se encontram abaixo do nível de pobreza. Os efeitos imediatos destas práticas são o aniquilamento da dignidade de milhões de pessoas bem como a morte de outros tantos milhões, pelo simples desrespeito a normas que deveriam ser cumpridas.

Pode ser apontado, contudo, outro efeito perverso da ilegitimidade patológica no exercício do poder político. Consiste no completo descrédito por parte dos cidadãos nas instituições jurídicas e no seu papel de salvaguardar o Estado de Direito. A partir das práticas estatais não questionadas pelo aparato jurídico (Judiciário, Ministério Público e Advogados), e pela própria aceitação por parte de todos os operadores jurídicos das normas invalidamente criadas pelo legislativo, cria-se um ordenamento jurídico quase que paralelo ao originariamente escolhido e constitucionalmente positivado (com base no consenso quase que universal acerca dos Direitos Humanos), fundado não num pacto como o constitucional mas, no mais das vezes, em interesses de parcelas que detêm o poder político, cujas situações juridicamente relevantes apartam-se em muito daquelas previstas e garantidas pela constituição. O cidadão, cujo voto é a expressão do pacto fundante de uma nova ordem constitucional, não se sente contemplado pelo Direito e muito menos com ele se identifica. Assim, a Constituição e o

³¹Características da dominação tradicional ou carismática.

próprio Estado de Direito de que é expressão, por sua ineficácia, são considerados inúteis e, portanto, desnecessários.

A situação agrava-se ainda mais a partir dos desdobramentos causados por essa constatação da ineficácia do Direito enquanto limite do exercício do Poder estatal e das situações de poder privados, bem como enquanto responsável pela garantia de um mínimo necessário para a sobrevivência dos cidadãos. De um lado há a resignação popular para com a situação de profundo desrespeito para com os Direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados e, portanto, obrigação anterior que legitima a própria criação de um Estado e do Direito. De outro, a criação de uma ética às avessas, baseada na eficácia, onde tudo que é proibido é permitido desde que seja eficaz. Fica fácil de ser explicitado isso tendo em vista que o primeiro a desrespeitar o Direito é a sua expressão política, ou seja, o Estado, que busca legitimar-se, não a partir de uma racionalidade jurídico-normativa, assentada no pacto constitucional, mas a partir de suas próprias práticas, tidas como eficazes num contexto internacional marcado pela globalização.

Dessa forma, a total ausência de critérios para julgarmos as ações segundo a sua motivação e segundo os meios utilizados, restando a verificação da eficácia não se sabe ao certo para quê, muito menos para quem, deixa os cidadãos como que anestesiados, ou melhor, num “estado de coma” jurídico-político, completamente deseducados para a cidadania. Não se recorre mais ao judiciário pois no mais das vezes não se tem condições sócio-econômicas para tal, não há segurança quanto à decisão a ser proferida e muito menos garantia de sua eficácia, mormente no que se refere aos atos lesivos de Direito praticados pelo próprio Estado. Do mesmo modo vive-se num estado de constante apatia política, em que não importa mais quais decisões sejam tomadas ou quais leis sejam aprovadas pois, na verdade, elas acabam tornando-se letra morta frente ao único limite aparente ao exercício do Poder, ou seja, a sua eficácia.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Cidadania. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1981.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant. Brasília: Ed. UnB. 1980.
- _____. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- _____. O Futuro da Democracia. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- _____. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto/BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso Brandão. Ação Civil Pública. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- CADEMARTORI, Sérgio U.. Estado de Direito e legitimidade- uma abordagem garantista. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como pré-requisito para a obtenção do título de Doutor. 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CHÂTELET, François. História das Idéias Políticas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.
- _____. Uma História da Razão. Rio de Janeiro: JZE, 1994.
- CHÂTELET, François et alii. As Concepções Políticas do Século XX. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- DUMONT, Louis. O individualismo. Uma perspectiva antropológica da

- ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DWORKING, R. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel Derecho: 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e Ragione, in GIANFORMAGGIO, Letizia (org). Le ragioni del Garantismo. Torino, Giappichelli, 1993.
- _____. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 1995.
- _____. O Direito como Sistema de Garantias, in OLIVEIRA Jr., J. Alcebíades de. O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção à Concorrência. Rio de Janeiro: Forense 1995.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. 11. reimpres.. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995.
- GIANFORMAGGIO, Letizia: Diritto e ragione tra essere e dover essere, in GIANFORMAGGIO, L. (org.) Le ragioni del garantismo. Torino, Giapichelli, 1993.
- GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo, in GIANFORMAGGIO, L (org.). Le ragioni del Garantismo. Torino, Giapichelli, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimación en el capitalismo tardío. Buenos Aires, Amorroutu, 1975.
- _____. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. Morale, diritto, política. Torino: Einaudi, 1992.
- HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- JHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.
- JORI, Mario. La cicala e la formica, in GIANFORMAGGIO, L. (org.). Le ragioni del garantismo. Torino: Giappichelli, 1993.
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

- _____. Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1995.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra, A. Amado editor sucessor, 1979.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hanah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.
- LA BOÉTIE, Etienne de. Discurso da Servidão Voluntária. 2. ed.. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília, Editora da UnB, 1980.
- MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MILARÉ, Édís. Coordenador. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MORAIS, José Luís B. de. Dos Direitos Sociais aos Interesses Transindividuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MOURGEON, Jaques. Os Direitos do Homem. Mira-Sintra: Europa América. 1981.
- OLIVEIRA Jr., José A. de. Cidadania e novos direitos, in, OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. (org). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- OLIVEIRA Jr, José Alcebiades de. e LEITE, José Rubens Morato. Orgs. Cidadania Coletiva. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.
- PEÑA, Antonio. El concepto de Garantía. Tese de doutoramento apresentada perante o departamento de Filosofia do Direito. Universidad de Granada, 1996.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Lisboa: 1993.
- RESTA, Eligio. La ragione dei diritti, in GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). Le ragioni del garantismo. Torino, Giappichelli, 1993.
- RIBEIRO, Renato Janine. Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. Contrato Social: princípios de direito político. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1968.

- SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. Madrid: Aguilar, 1971.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SINGER, Peter. Ética prática. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os direitos humanos na pós-modernidade. in: Direito e Sociedade. Coimbra, 1989.
- _____. Pela mão de alice. Rio de Janeiro: 1993.
- TOURAINÉ, Alain. Crítica da Modernidade. Petrópolis: Vozes, 1994.
- WEBER, Max. Economia y Sociedad. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- WEBER, Max. "Metodologia das Ciências Sociais". Campinas: Unicamp, 1992.