FERNANDA SUCHARSKI MATZENBACHER

A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli:O Estado Constitucional de Direito

Florianópolis
2004

FERNANDA SUCHARSKI MATZENBACHER

A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli:O Estado Constitucional de Direito

Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre e Direito.
Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori.

Florianópolis

2004

FERNANDA SUCHARSKI MATZENBACHER

A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli:O Estado Constitucional de Direito

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora

_____

Professor Doutor Sérgio Cademartori - Presidente

_____

Professor Doutor Marcos Leite Garcia

_____

Professora Doutora Cecília Caballero Lois

Professor Doutor Sérgio Cademartori – Orientador

Professora Doutora Olga - Coordenadora do CPGD-UFSCMembro

Florianópolis, 20 de março de 2004.

DEDICATÓRIA

Ao meu amado irmão Alfredo, pelo exemplo de vida.

AGRADECIMENTO

Cada nome uma lembrança que disfarça a imponência da parte.

Tudo do começo: à luta, ao amor, ao infinito dentro, ao que calo, à minha mãe. Ao cuidado, ao pensamento de respeito, ao meu irmão Kurt. Ao exemplo, à segurança, ao carinho, ao meu irmão Alfredo. Esta família: parte que fica em tudo que faço, porque indelével.

Ao carinho, ao sossego, ao apoio, à infância que permanece: aos meus avós Ivone e Theodoro.

À família por afeição: Pela prece contínua e carinho incondicional: à láskara, João e Ana. Aos meus sogros Neide e Altair pela confiança, acolhida e afetividade. Pelo carinho e pela estima sempre positiva: à Marcela.

Pela torcida, apoio, pela morada física e moral: à tia Therezinha. Aos bons sentimentos e pensamento constante: ao tio Tic, Juliana e Bruno e às tias Shirley e Lucy.

Pela crença na possibilidade e pela insistência: ao amigo professor Dr. Francisco Carlos Duarte.

Pelo pouso e incentivo: à amiga Maria Alejandra Fortuny.

Pela competência e seriedade, pela confiança e pela crença na humanidade do pesquisador, pela possibilidade de deixar fluir as capacidades: à todos aqueles que cruzaram meu caminho e que representam o mestrado em Direito da UFSC. Agradeço especialmente à professora Dra. Olga Maria B. A. de Oliveira e aos funcionários do CPGD representados na pessoa de Marco Martins.

Aos professores Celso Luiz Ludwig e Antonio Carlos Wolkmer pela atenção e pelo empréstimo de material que, se não foi utilizado nesta, certamente fica como projeto para futuro próximo.

Aos colegas de mestrado Guilherme e Cláudio Ladera e também ao colega Marcelo Alves pelo empréstimo de material.

À professora Daniela Cademartori pela atenção e apoio.

À professora Cecília Caballero Lois, pelo rigor na hora certa, que recompõe o centro, pela amizade.

Aos queridos amigos do mestrado, a todos, especialmente à Ana Márcia, por Deus. À Débora Bonat e pelo companheirismo que se sabe. Ao amigo Ricardo Stanziola Vieira, pelos debates, idéias e amizade.

Pelo dissenso (por tudo e apesar de tudo- se é que me entendem), pelo riso, pelo caminho, pela certeza. Por cuidarem de mim na véspera. À Fabi (Fabiana Galera Severo) por ser minha irmãzinha. À Lica (Lijeane Pereira Santos). pela aproximação e por lembrar da poesia. À Gi (Gisele Ricobom) pela curta "união estável" (e sem polemizar!!!) e pelo carinho sempre subentendido. À Lilian (Lilian Resende Castanho) pela fé e amizade inconteste, pelo sentimento puro.

À sintonia tácita de quem respeita. Ao acordo de quem entende. E ao conhecimento que dá segurança. Ao meu amigo e orientador Prof. Dr. Sérgio de U. Cademartori.

Àquilo que pesa quando sonho, àquilo que me descansa, àquele que acompanha. Além, é claro, dos extensos diálogos acadêmicos e da ajuda com bibliografia: ao Volney.

Aquele que constrói, caminha junto, não esquece,

Aquele que entende, aproxima

Aquele que não preconcebe; liberta, engrandece.

Aquele que sempre está, fica.

Sabemos bem que toda obra tem que ser imperfeita, e que a menos segura de nossas contemplações estéticas será daquilo que escrevemos. Mas imperfeito é tudo, nem há poente tão belo que não o pudesse ser mais, ou brisa leve que nos dê sono que não pudesse dar-nos um sono mais calmo ainda. E assim, contempladores iguais das montanhas e das estátuas, gozando os dias como os livros, sonhando tudo, sobretudo, para o converter na nossa íntima substância, fazemos também descrições e análises, que, uma vez feitas, passarão a ser coisas alheias, que podemos gozar como se viessem na tarde.

Fernando Pessoa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **1**

1 SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO EM MORAL **8**

1.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL DO JUSRACIONALISMO AO POSITIVISMO: 11

1.1.1 O Direito natural, Direito positivo e positivismo: 11

1.1.2 O Jusnaturalismo: 16

1.1.3 Jusnaturalismo e codificação: 28

1.1.4 Precursores do positivismo. 31

1.1.5 A teoria kelseniana como afirmação definitiva do positivismo jurídico. 40

1.1.6 Características gerais do positivismo: 47

1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL. 52

1.2.1 Thomasius e Kant. 52

1.2.2 Jhering: 62

1.2.3 Hart: 69

1.2.4 Bobbio: 78

1.2.5 Reale: 83

2 MORALIDADE, DIREITO E ESTADO EM RONALD DWORKIN E LUIGI FERRAJOLI: **90**

2.1 LUIGI FERRAJOLI. 92

2.1.1 O Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli – Linhas Gerais 92

2.1.2 Fundamentos 94

2.1.3 Estado e Legitimidade 108

2.1.4 O Direito: 113

2.2 DWORKIN 122

2.2.1 O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin – linhas gerais: 122

2.2.2 Fundamentos: 123

2.2.3 Estado e legitimidade: 142

2.2.4 Direito: 158

3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO COMO NOVO PARADIGMA CONCERNENTE À RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: 165

3.1 BREVE HISTÓRICO: O ESTADO CONSTITUCIONAL DO DIREITO: 166

3.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional. 166

3.1.2 A influência do constitucionalismo norte-americano e a sua recepção na Europa continental: 178

3.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: 195

3.2.1 O Estado Constitucional e a ruptura com os modelos positivista e jusnaturalista: 195

3.2.2 A ruptura com o positivismo jurídico: 203

3.2.3 A ruptura com o jusnaturalismo: 210

3.2.4 O consenso constitucional: para a representação de um critério de juridicidade: 222

CONCLUSÃO 242

BIBLIOGRAFIA 253

RESUMO

O presente estudo persegue o propósito de apresentar uma análise da influência da moral no Direito contemporâneo, especificamente no que concerne à suposta existência de uma desconfiguração dos limites entre o jurídico e o moral. Esta suposição decorre da observação da necessidade atual, que os teóricos do Direito têm apontado, de se romper com o paradigma positivista que impunha a indiferença do conteúdo moral do Direito. A análise aventada foca-se em dois teóricos específicos: Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli, em virtude da importância de suas teorias no que concerne a esta introdução de padrões valorativos no Direito. Para realização deste intuito primeiramente foram analisadas algumas concepções nodais sobre a diferença entre Direito e moral. Em primeiro momento são observadas as concepções teóricas paradigmáticas sobre o problema, quais sejam, o positivismo e o jusnaturalismo. Em segundo momento, é realizada a análise do pensamento de expoentes na teoria do Direito sobre o assunto, de Kant a Miguel Reale. Destas análises fica claro que o que se concebe atualmente como Direito é o Direito positivo, posto pelo homem e institucionalizado. Entrando nas teorias de Dworkin e Ferrajoli, no segundo capítulo, percebe-se que, ainda que sobre fundamentos teóricos diversos sobre o Direito, ambos perseguem a realização de um Direito que atenda a um conteúdo moral específico. No terceiro capítulo fica a abordagem do Estado Constitucional de Direito como modelo que expressa as reivindicações destes dois autores. Neste capítulo o que se percebe é que a concepção de Direito contemporânea é expressão deste modelo no qual se encontra uma ideologia de desvinculação tanto das concepções jusnaturalistas quanto do positivismo tradicional no que concerne às relações entre Direito e moral. Como ruptura com o

positivismo, a observação derradeira apresenta a busca da imposição de um conteúdo Moral específico para o Direito, não indiferente. Tal conteúdo, contudo, não pode ser nele introduzido como mera enunciação de uma lei da natureza, eterna e imutável, na qual se baseia o jusnaturalismo, mas através dos instrumentos institucionais capazes de fornecer uma justificativa para tais valores, o que, na teoria constitucional geral estudada, culmina na idéia de democracia e consenso. Tal pesquisa segue a forma bibliográfica, método monográfico e dedutivo.

Palavras-chave: Direito, moral, positivismo, jusnaturalismo, Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

The present study has the purpose of presenting an analysis of the influence of moral in the contemporary Law, specifically on what concerns the supposal existence of a non- configuration of the limits between the juridical and moral fields. This supposition comes from the observation of actual need, according to the Law scholars, of taking ourselves apart of the positivist thinking, which imposes indifference to the moral content of Law. The analysis focus on the study two scholars: Ronald Dworkin and Luigi Ferrajoli, because of the importance of their theories concerning to the introduction of standards of values in Law. At first, to achieve the purpose of this research, it is observed two paradigmatic theoretical conceptions on the problem of the relation between Law and moral, which are legal positivism and natural law theory's. In a second phase, it is analyzed the thinking of philosophers of the theory of Law about the subject since Immanuel Kant´s until Miguel Reale´s. From these analysis, it is clear what it is conceived as Law is the Positiv Law. In the second chapter, concerning to the Dworkin´s and Ferrajoli´s theories, it is noticed that even about diverse theoretical basis about Law, both look for the accomplishment of a Law related to a specific moral content. In the third chapter, it is made an approach of constitutional state of Law as a model that expresses the claims of these two authors. In this same chapter, it is perceived that the conception of contemporary Law is the expression of his model on which there is an ideology of untie of the *natural law supporters* conceptions as much as the traditional positivism´s concerning to the relations between Law and moral. As a rupture with positivism, the analysis of this study presents the search for the imposition of a moral content for Law, but not indifferent. Such content, therefore,

cannot be introduced in Law as a mere articulation of a law of nature, eternal and immutable, on which is based jusnaturalism, but through institutional devices able to supply a justification for such values that culminates on the idea of democracy and consensus as it is studied in the general constitutional theory. This research was developed using the bibliographic, monographic and deductive methods.

Key-words: Law, moral, positivism, constitutional state of Law.

INTRODUÇÃO

Ao se observar a movimentação teórica contemporânea, um problema saltou aos olhos: como a retomada da busca de um conteúdo moral para o Direito atua frente à diferenciação entre Direito e moral? Há uma desconfiguração dos limites do jurídico com a inserção de princípios com conteúdo não indiferente e que estão acima das próprias leis?

O fato é que no Direito contemporâneo não há mais a crença cega na limitação positivista do Direito à lei. Novas formas têm sido propostas para realizar um Direito justo, do qual o positivismo não era capaz de dar conta. O problema que surge diante disso, contudo, é que a consciência jurídica estava acostumada com a aplicação mecânica da lei e com os instrumentos e instituições da qual ela se utilizava, de modo que a inserção de valores no Direito parece deslocada se não acompanhada de um substrato legal.

Afinal, a lei rege o Direito e deve ser determinada pelo legislador. Diante disso, questiona-se até que ponto essa implementação de um aspecto valorativo específico no Direito, superior ao Direito legislado, não acabou por trazer a moralidade para o seu bojo, já que a sua inserção no Direito não usa necessariamente dos mecanismos próprios do positivismo para incorporação da norma no seu sistema.

No âmbito teórico, o positivismo, defensor da lei como única fonte de qualificação do Direito, nega a existência de direitos absolutos capazes de fundamentá-lo. O fato é que tais princípios ao se inserirem no Direito são a própria recusa da negação positivista da existência de princípios com um conteúdo determinado que devem reger o Direito. Neste sentido, parecem mesmo negar a própria separação entre os conceitos de Direito e de moral. Enfim, há uma

diferença?

A partir desta questão observou-se a evidência de tal problema na teoria de Ronald Dworkin, já que ele trata especificamente da inserção de princípios morais no Direito. Tal teoria, por isso, transforma o Direito na simples aplicação de uma moral? Acompanhando tal teoria, despertou-se o interesse por outro autor que, por comparação, acaba trazendo muitos acréscimos para resolver o questionamento, pela semelhança que tem com Dworkin neste aspecto, para além das inúmeras diferenças, trata-se de Luigi Ferrajoli. Sua teoria, ainda que, ao contrário de Dworkin, denomine-se positivista – mesmo que um positivismo com viés crítico –, acaba por mostrar semelhanças com aquele, ao menos no que concerne às categorias utilizadas por ambos no tratamento da inserção de princípios de cunho valorativo específico no Direito.

O importante é que tais características, evidenciadas em teorias tão opostas, acabam por denunciar um paradigma: o Estado Constitucional de Direito. E é a partir das categorias deste que se irá demonstrar o que o Direito e a moral guardam de relações e que tipo de relações são estas.

A localização do problema no âmbito do Estado Constitucional possibilita enxergar o que se questiona, com que conceitos se trabalha quando se fala que há uma retomada da influência da Moral no Direito. Tais conceitos são especificamente o de positivismo e jusnaturalismo, paradigmas da questão que envolve a separação entre Direito e Moral e que o modelo jurídico do Estado Constitucional irá redimensionar.

Diante de tais considerações, que deram ensejo ao tratamento do tema, o estudo que será desernvolvido tem como escopo encontrar aquelas caracteristicas do Estado Constitucional que enunciem o tratamento dado à separação entre Direito

e Moral atualmente e que acabam por representar as teorias de Dworkin e Ferrajoli e o redimensionamento da influência das correntes positivistas e jusnaturalistas no Direito contemporâneo.

Para cumprir tal mister, o primeiro capítulo será formulado em duas partes. Na primeira, será feita uma exposição dos problemas que envolvem as teorias positivista e jusnaturalista e a separação entre Direito e moral. Com isso, será apontado o epicentro da questão já que, devido a características específicas e importância histórica inconteste, o jusnaturalismo e o positivismo são os pontos de referência da doutrina para tratamento do assunto, especificamente em virtude da ruptura deste para com aquele cuja consequência foi uma cisão radical entre os conceitos de Direito e moral.

Na segunda parte deste capítulo serão abordadas algumas teorias paradigmáticas sobre a diferenciação entre Direito e moral, que surgiram antes e depois do positivismo, a fim de possibilitar o cotejo entre elas e a teoria positivista a respeito de tal diferenciação. Isso permitirá a localização do tipo de problemas que tal abordagem pode suscitar, de modo a não limitar a visão da separação entre Direito e moral a um referencial positivista. Tal referencial deve ser visto localizado, isto é, como o modelo extremo de tal separação.

Ademais, é mister apresentar o que se tem entendido por Direito e moral, especialmente sobre que tipo de relações existem entre os termos a partir de uma análise do ponto de vista da filosofia jurídica. A análise dos termos, contudo, se limita à observação dos aspectos que constituam premissas ou pontos de esclarecimento necessários para a elaboração da proposta final do presente estudo.

Observe-se que o objetivo de tal abordagem não é oferecer um conceito final sobre o que seja moral ou Direito, nem mesmo sobre a relação entre eles ou esgotar

o estudo daqueles que trataram do assunto. Busca-se apenas situar sobre que tipos de questões a diferenciação entre Direito e moral pode ensejar, bem como para indicar a possibilidade ou não de diferenciação entre os termos sem recorrer à total indiferença entre eles como pretendeu o positivismo. Mas note-se: o intento desta parte é simplesmente situar e não esgotar o problema.

A escolha dos autores para a segunda parte deste capítulo deu-se de forma a buscar alguns dos mais expressivos sobre o tema, sem, contudo, deixar de reconhecer que muitos podem ter ficado de fora, o que não prejudica o capítulo já que se trata apenas de uma enunciação do problema.

No que concerne ao segundo capítulo, serão apresentadas as teorias de Dworkin e Ferrajoli. Não se preconizou a abordagem específica sobre a moral e o Direito em cada um deles, mas as suas teorias como um todo, já que elas refletem com mais rigor o objetivo do trabalho, qual seja: aproximá-las do Estado Constitucional de Direito. Aproximação esta que será feita de forma direta no capítulo seguinte, através de uma comparação entre ambas teorias e a evidenciação de sua ligação com o modelo de Estado constitucional.

A escolha destes autores se deve a alguns motivos: 1) Ferrajoli trabalha com um positivismo, dando a ele viés crítico, já Dworkin não. Tal consideração é importante já que a questão trabalha justamente com a crise do paradigma positivista. É interessante notar que teorias diferentes neste sentido acabam trazendo valores semelhantes se observadas no todo. 2) Ambos são teóricos que aproximam o Direito constitucional da filosofia e teoria do Direito, o que permite a realização de comparações nas categorias que constroem. 3) A análise conjunta de dois autores tão distantes e tão próximos acaba por possibilitar uma leitura mais atenta de cada um deles, possibilitando inclusive o entendimento do alcance de

determinadas estruturas teóricas de cada um, fato que a análise comparativa de ambos comprova. 4) Ambos podem ser localizados no contexto do Estado Constitucional de Direito compartilhando os problemas que este traz com relação ao Direito e à moral 5) Por fim, em virtude da expressividade de ambos no Direito.

Este capítulo tem como propósito maior fazer notar como se tem teorizado o problema, que tipos de categorias se tem construído. É neste capítulo que se poderá notar de forma detalhada, a partir da observação das teorias de Dworkin e Ferrajoli, como se tem teorizado o problema da inserção da Moral no Direito.

Observe-se que, ainda que se tenha utilizado da teoria de Dworkin, as abordagens conclusivas são direcionadas ao Direito de descendência européia continental, a fim de não escapar do contexto do Direito vigente no Brasil.

O terceiro e último capítulo tem como finalidade demonstrar que estas novas teorias que tratam sobre o problema da inserção de princípios no Direito defendem conceitos e formulações que surgem com a evolução de um modelo de Estado legal e de Direito positivista para um modelo de Estado Constitucional.

Pretende-se demonstrar como se transformam, no contexto do Estado Constitucional, os paradigmas que representavam o problema da relação da moralidade com Direito (jusnaturalismo e positivismo). Por fim serão retomadas brevemente as teorias de Dworkin e Ferrajoli para demonstrar como se enquadram nesta tendência do Estado Constitucional e onde se pode ver mais claramente em suas teorias esta evidência.

Pretende-se demonstrar, enfim, como a evolução do modelo legalista para o modelo constitucional provoca uma mudança no paradigma da relação entre moral e Direito, o que se reflete as concepções de Dworkin e Ferrajoli.

Note-se que não se pretende questionar, ainda que Dworkin e Ferrajoli

sejam liberais, se tal é um modelo liberal ou não e quais as deficiencias do liberalismo. Apenas se demonstra que tais autores enunciam categorias que representam uma tendência teórica do Estado Constitucional, ainda que outras teorias, não liberais, possam também ser apontadas como representantes deste modelo. Portanto, no presente estudo não se tem a intenção de fazer qualquer ligação direta entre liberalismo e Estado Constitucional de Direito.

Por fim, nas considerações finais serão traçados os aspectos gerais de conclusão do presente estudo, bem como algumas considerações decorrentes da análise do tema de uma forma mais livre.

Dito isto, deve-se salientar alguns aspectos conceituais que serão trabalhados no decorrer deste estudo, a fim de possibilitar a sua instrumentalidade.

Quando se fala em moral há duas conotações específicas com as quais se irá trabalhar: por um lado uma moral relativa e difusa na sociedade, a esta será tratado com letra minúscula. Com minúscula também será tratada a consideração da moral em sentido lato, já que a moralidade difusa acaba por incluir a Moral específica. Por outro lado, há a Moral que representa um conteúdo valorativo específico, que é moral porque representa um valor, esta será representada com letra maiúscula.

Observe-se que quando se fala em Moral, o valor específico que se representa não é importante para o presente trabalho, visto que há discordância dos teóricos sobre que tipos de valores constituem esta Moral (valores de bem, de justiça, mínimo ético, etc.). Importa que o valor que se expressa na Moral não pode ser indiferente, tem um conteúdo determinado e específico por ter uma importância especial. Seja porque é considerada o único padrão valorativo correto, seja por ser considerado um valor absoluto e eterno, seja por ser um valor ideal para

determinada época histórica e/ou diante de determinadas condições sociais. Importa, assim, que tal Moral representa uma escolha que não é despropositada.

Além destas considerações sobre os conceitos com os quais se irá trabalhar, deve-se notar, no que concerne ao resgate histórico do trabalho, que não se pretende uma demonstração rígida de cada um dos momentos históricos. Tal abordagem se esgota no limite da medida necessária para localizar as premissas – que consistem nas teorias desenvolvidas em cada época histórica – para a abordagem do tema.

Esclarecidas estas questões conceituais e limitativas da abrangência deste trabalho, cabe evidenciar, no que concerne à metodologia, que a pesquisa será feita de forma bibliográfica, o método de abordagem utilizado será o indutivo e o método de procedimento o monográfico.

Por fim, resta apresentar o objetivo deste trabalho: Destacar o enquadramento da diferença entre Direito e moral no panorama contemporâneo, através de uma observação das teorias de Dworkin e Ferrajoli e da sua configuração como reflexos da evolução do conceito de Estado legal de Direito para o Estado Constitucional de Direito.

1 SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO EM MORAL

Ao se propor a abordar o problema da separação entre Direito e moral, cumpre esclarecer que entre as diversas concepções sobre tal separação há várias noções e focos de análise sobre a moral mesma, o que se poderá perceber no cotejo dos autores estudados no presente capítulo. Dentre as várias conotações possíveis, a moral pode ser vista como instância de um saber racional último e absoluto; como uma expressão relativa seja de um sentimento ético ou valorativo internalizado do indivíduo, seja de uma construção específica de um grupo social; ou ainda como expressão dos diversos códigos de conduta socialmente atuados ou exigidos.

Pode-se perceber, ainda, que cada elaboração sobre a moral e o Direito acaba decorrendo do ponto de vista teórico específico de cada autor. Na visão kantiana[1], a moral é um valor decorrente da natureza, absoluto e imutável que parte da razão do indivíduo e que é diferente do Direito basicamente porque enquanto aquela parte do próprio indivíduo que descobre na sua razão valores universais que devem ser cumpridos por si, o Direito não parte de dentro do indivíduo, e se cumpre pela coação, que é um fator externo.

Na concepção de Ihering[2], a moral é um valor específico, mas que se afere de acordo com a sociedade e o contexto histórico. Para ele o Direito, dentre outros

---

[1] Cf. KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993 e KANT, Emmanuel.Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel.Ediouro.

fatores, diferencia-se da moral porque realiza a coerção organizada, além do fato de partir do egoísmo, sendo que só o Direito evoluído historicamente tem cunho moral. Na visão kelseniana[3] a moral é relativa, o que implica a indiferença de seu conteúdo na determinação do conceito de Direito, que se constrói pelo procedimento legislativo estatal.

Já para Hart[4], o sistema jurídico não parte apenas do legislativo, sendo o reconhecimento da atuação do judiciário imprescindível para a determinação das fontes do Direito, que podem até culminar em um rol de princípios e não em um mero procedimento. Não obstante, entende que o Direito pode ter regras diferentes de um conteúdo moral específico. Já Bobbio[5] vem evidenciar o problema da institucionalização do Direito, o diferenciando através da existência própria do ordenamento, bem como pelo rigor da sua linguagem. No posicionamento de Reale[6], por fim, cerne do problema jurídico está na bilateralidade atributiva, que é relação entre indivíduos com garantia das pretensões.

Cada abordagem, que exemplifica a riqueza da doutrina, traz pontos específicos para a distinção entre Direito e moral. Inobstante tal diversidade do tema, e os muitos outros autores que para ele poderiam contribuir, cabe aqui traçar as premissas necessárias para o desenvolvimento da linha conclusiva e não esgotar a abordagem que demandaria monografia específica.

---

[2] Cf. JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Traduzido por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo I e JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Traduzido por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo II.

[3] Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997 e KELSEN, Hans. **Teoria general del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: Textos Universitários, 1969.

[4] Cf. HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 2001.

[5] Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Valencia: Soler, 1980.
Teoria do Ordenamento Jurídico. 9 ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasilia: UnB, 1997.

[6] Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

Em virtude disto, o capítulo será dividido em duas partes: uma indicando a contraposição entre positivismo e jusnaturalismo, ponto nodal do problema, e outra apresentando algumas teorias paradigmáticas no tratamento do assunto.

Na primeira parte deste capítulo, portanto, pretende-se apresentar o cerne da questão: o momento de separação entre Direito e Moral que influenciou deveras o pensamento e o funcionamento do Direito e que representa paradigma que vem sendo substituído a partir da nova concepção de Direito decorrente do Estado Constitucional. Trata-se da teoria positivista e sua contraposição ao jusnaturalismo.

A idéia da separação entre Direito e moral no que concerne aos seus reflexos contemporâneos tem seu ponto crítico no momento histórico de transformação da concepção de Direito realizada pelos positivistas mediante a ruptura com a idéia de Direito natural. Neste momento fica evidenciada a oposição extrema entre uma teoria do Direito que pretende refletir valores tidos como absolutos e naturais – o jusnaturalismo – e outra que nega a existência destes atribuindo à moralidade um caráter relativo e concebendo o conteúdo das normas como indiferente para o Direito – o positivismo.

Tal apreciação é de suma importância porque Dworkin[7] e Ferrajoli[8],

---

[7] Cf.DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998; DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Tradução de Antoni Doménech. Barcelona: Ediciones Padós, 1993; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.; DWORKIN, Ronald. Liberal community. In: _____ **Sovereign Virtue. The theory and practice of equality.** Massachusets: Harvard University Press, 2000.; DWORKIN, Ronald.**Los derechos en serio**. Tradução de Maria Guastavino. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.; DWORKIN, Ronald.**O império do Direito**. Tradução de Jufferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.; DWORKIN, Ronald.**Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[8] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias de la ley del más debil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. 2 ed. Madrid: Trotta, 2001.; FERRAJOLI, Luigi **Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal.** Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.; FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.; FERRAJOLI, Luigi. O Direito como um sistema de garantias. Tradução de Eduardo Maia Costa. In: José Alcebíades de Oliveira Junior (Org)**. O novo em Direito e política.** Porto Alegre, 1997. p.89-109.

contextualizados no paradigma do Estado Constitucional de Direito, irão manifestar posições contrárias a este isolamento seja ele no Direito natural, seja no Direito positivo. Trata-se da evolução evidenciada neste novo modelo de Estado.

No que concerne à segunda parte do capítulo serão abordadas algumas teorias sobre a diferenciação entre Direito e moral a fim de possibilitar a localização do problema e o cotejo com a representação positivista da questão. Tal exposição não pretende ser exaustiva, mas apresentar o tipo de abordagens que o problema pode suscitar. Fica assim a enunciação da questão.

1.1 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL DO JUSRACIONALISMO AO POSITIVISMO:

1.1.1 O Direito natural, Direito positivo e positivismo:

Quando se fala em positivismo e jusnaturalismo, enquanto teorias centradas no Direito positivo e no Direito natural, cabe assinalar que a existência do Direito positivo não se inicia com o positivismo. Muito antes já na antiguidade a diferença entre Direito natural e Direito positivo ficava explicitada pelos teóricos. Tais considerações importam a fim de não se tomar uma manifestação teórica específica (positivismo) como o todo empírico (Direito positivo). Este que enuncia, desde princípio, o momento de laicização do Direito.

Na antiguidade na Grécia, segundo Miguel Reale[9], a diferença é determinada pela separação entre justo por natureza e justo por convenção, o que para Reale traduz a separação entre lei natural e lei positiva. Com efeito, conforme

ensina Lopes, há uma certa "positivação" do Direito, já que a lei passa a ser uma instância independente do determinado pelo divino e que é estabelecida através da Política. Sobre o assunto Lopes ensina:

> A experiência grega tem uma novidade importante [...]. A promulgação da lei e sua revogação nada têm de divino: são assuntos humanos. Isto não significa que a sociedade grega não fosse religiosa ou até supersticiosa em certos termos. Tampouco significa que a condução da política fosse feita sem qualquer vinculação com o sagrado. No entanto, o direito não precisa ser revelado divinamente para valer e nem é preciso invocar a vontade dos deuses para deliberar sobre as leis, Nestes termos é que se pode dizer que o direito se laiciza.[10]

Na tragédia Antígona, de Sófocles, esta diferença entre lei divina e lei humana pode ser vislumbrada de forma clara na luta da protagonista (Antígona) em busca da realização do costume sagrado de enterrar seu irmão, à revelia da determinação de que não se podem enterrar traidores da pátria, o que era o caso dele. Isso porque o Direito do Estado, daqueles que tem força, de acordo com as determinações de Creonte[11] e com a anuência dos homens de Tebas sob a representação do Corifeu[12][13], contrapõe-se aos valores do costume sagrado[14] de Antígona de enterrar os mortos, ação que o Coro[15] também recomenda.[16]

Assim, pode-se perceber a diferença entre uma moralidade decorrente de um costume sagrado do povo e a determinação de uma regra a partir de uma convenção, recomendada pelo rei e acatada por aqueles que tem poderes políticos de decidir, quais sejam, os homens de Tebas. Separa-se aqui, portanto, o Direito

---

[9] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**.p. 622.e sgs
[10] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. **Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Lemonad, 2000. p. 39-40.
[11] Creonte é o rei na tragédia de Sófocles.
[12] Segundo o dicionário eletrônico Aurélio, o corifeu é o "Mestre do coro, na tragédia e comédia antigas, o qual exercia a função de principal representante do povo e de intermediário entre os coreutas. e as personagens principais".
[13] SÓFOCLES. **Antígona.** Brasilia: UnB, 1997, p. 11-13.
[14] SÓFOCLES. **Antígona,** p. 7.
[15] Conforme o dicionário Aurélio eletrônico, Coro é "No teatro clássico, conjunto harmônico dos atores que, como representantes do povo junto às personagens principais, e declamando e cantando, narram a ação, a comentam, e freqüentemente nela intervêm com ponderações e conselhos".

revelado por Deus, natural, e o Direito convencionado, posto pelo homem, positivo.

Deve-se notar, de acordo com os ensinamentos de Bobbio[17], que até o final do século XVIII havia dois tipos de Direito, o natural e o positivo. A diferença entre eles não se dá, salienta, pela sua qualificação ou não como Direito mas pela relação de superioridade ou inferioridade de um com relação ao outro. Tal graduação sofre muitas inversões no decorrer da história. Para exemplificar, na época clássica o Direito decisivo em caso de conflitos entre ambos era o positivo. É o caso explicitado na tragédia "Antígona". Já na idade média o Direito natural passa a ser superior.

Continua Bobbio assinalando que a mudança ocorrida com o advento do positivismo – e que, portanto, o caracteriza – surge justamente para enfatizar uma diferenciação qualitativa entre Direito positivo e Direito natural, considerando a partir de então apenas aquele como Direito. Todo o Direito se reduz, com isso, ao Direito positivo, sendo o termo Direito positivo um pleonasmo.[18]

À parte as diferentes concepções ocorridas historicamente, seja de Direito e moral, seja de Direito positivo e Direito natural, pode-se observar que é com a separação positivista – a fim de afirmar o conceito de Direito como ciência autônoma das demais – do que por um lado seria Direito vigente e deveria ser observado pelos juristas e juízes e por outro lado o que seriam as diversas moralidades não jurídicas e relativas; que se estabelece independência do Direito positivo através da negação

---

[16] SÓFOCLES. **Antígona,** p.10.
[17] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. **Lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25-26.
[18] A contraposição entre Direito natural e Direito positivo, conforme ensina Bobbio se dá a partir do momento em que, por um lado, o Direito natural se caracteriza como "aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo", e por outro lado, o positivismo, em contraposição a jusnaturalismo "não admite a diferença entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito senão o direito positivo". No original:" [...] aquella corriente que admite da distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo", "[...] aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho

decisiva da existência de uma moralidade natural e absoluta que pudesse ser seu fundamento.

A partir desta constatação, de que a teoria positivista implica a separação entre Direito e moral, nota-se que esta questão está estreitamente relacionada com o problema da identificação do Direito, da sua diferenciação diante das outras disciplinas. O diferencial da solução positivista é que ela pugnou não apenas pela diferenciação, que poderia resguardar influências recíprocas e elementos em comum entre Direito e moral, mas pelo isolamento do Direito frente uma Moral absoluta e superior a ele a partir da própria negação desta, ainda que não se negasse o caráter moral do Direito[19]. O que se pretendia com essa indiferença ao conteúdo moral do Direito era o isolamento deste perante as demais áreas do conhecimento.

Ensina Goyard Fabre[20] que o Direito, pela grande relação que guarda com diversos outros campos da existência humana, tem uma difícil definição. A sua maturação semântica se deu, ensina, em três fases: com a independência com relação ao teológico, ao moral e enfim, com a neutralidade axiológica. Fixando-se nos dois últimos aspectos que importam ao presente tema, apreende-se com Goyard-Fabre, que a separação entre os conceitos de Direito e Moral se dá com Kant[21] e Fichte[22].

---

positivo". Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1965. p. 68.

[19] Segundo o positivismo, especialmente representado por Hans Kelsen, o Direito reflete apenas mais uma moral dentro das diversas concepções morais existentes na sociedade, mas não é composto pela influência de uma moral absoluta que o possa caracterizar. Tal assunto será tratado posteriormente no capítulo referente ao positivismo jurídico. Cf KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**.

[20] Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XXVI e sgs.

[21] Sobre Kant vide a segunda parte deste capítulo.

[22] De acordo com Arruda: Fichte sustenta que o Direito é contrário à Moral : que o "Direito, de certo ponto de vista, é imoral. Os argumentos de Fichte são os seguintes: o Direito não exige que o ato seja praticado com boa intenção, – a moral o exige. Eis o primeiro argumento. O Direito, pois, aprova atos que a moral condena. Há um segundo argumento, que é tirado daquela célebre frase romana: *Non*

> As análises de Kant e Fichte sem dúvida apresentam dificuldades que só adquirem todo o seu sentido no seio de uma concepção transcedentalista da filosofia. No entanto, ao mostrar que o Direito não poderia partir da 'boa vontade'[23], o criticismo[24] operou um aclaramento conceitual que tem algo de definitivo. [25]

Note-se que a concepção kantiana sobre o Direito implica a idéia de que a existência dos preceitos jurídicos não decorre de uma vontade interna do indivíduo sendo a sua imposição determinada por um fator externo: a coerção.[26]

Continua Goyard-Fabre afirmando que esta ruptura iniciada com Kant e Fichte trouxe conseqüências: "A cisão entre os dois conceitos de Direito e moral teve, no entanto, um preço na teoria geral: os custosos equívocos do 'positivismo jurídico'. A faxina semântica do Direito ainda não terminara".[27]

Estes equívocos refletem o terceiro momento de ruptura, que manifesta a tentativa de "liberar o direito de toda referência ao horizonte metajurídico dos valores"[28]. Tal momento é dominado pelos positivismos jurídicos que segundo Goyard-Fabre, independentemente das divergências dentro da própria doutrina, se resumem em dois postulados; "o legicentrismo estatal e a neutralidade axiológica do direito".[29] O positivismo, neste sentido, não se interessaria pelo o problema da constituição do Direito, mas apenas pelo o Direito estabelecido.

A partir desta tentativa, equivocada, de diferenciar o Direito e moral, ensina Goyard-Fabre, o positivismo trouxe como resultado um Direito que, por ser uma ciência e assim, autônomo das demais áreas do conhecimento, não poderia sofrer a

---

omne quod licet, honestum est. Há um lícito jurídico que é condenado pela Moral: o Direito permite a prática de certos atos que são condenados pela Moral. Nestas condições, diz Fichte, há atos aprovados pelo Direito e contrários à Moral. Eis os dois argumentos de Fichte." Cf. ARRUDA, João. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1942. v. 1.. p. 270.

[23] Vide parte posterior deste capítulo sobre Kant.

[24] Concepção transcedentalista de filosofia e criticismo são significantes da teoria kantiana, conforme poder-se-á observar na segunda parte deste capítulo.

[25] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XXVI , XXVII.

[26] Vide a segunda parte deste capítulo sobre Kant.

[27] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XXVII.

influência de juízos morais[30]. O Direito aplicado passou a ser aquele determinado pelo aparelho procedimental estatal. Este, contudo, acabava, por conseqüência, levando à aplicação prática de injustos.

Deve-se observar que a negação de uma Moral no Direito, neste momento, é decorrente da negação da existência de um Direito natural. Não obstante, ainda que surgido como reação contra o jusnaturalismo, é deste que brotam as sementes para o positivismo a partir da idéia de codificação que aquele lançou visando a sistematização dos direitos naturais, conforme se verá em momento oportuno.

Considerada a contraposição essencial entre jusnaturalismo e positivismo, e os efeitos que tal contraposição traz para o presente estudo – já que toma justamente a questão da relação ou não do Direito com a moral – é necessário observar mais claramente algumas características destes paradigmas.

1.1.2 O Jusnaturalismo:

O jusnaturalismo, ou teoria do Direito natural, é uma teoria ampla cuja manifestação pode ser observada em formas diferenciadas desde a antiguidade. Saliente-se que o termo jusnaturalismo não era utilizado pelos teóricos da antiguidade ou medievais, mas é atualmente utilizado para nomear a abordagem teórica de todos aqueles que acreditavam na existência de um Direito decorrente da natureza.

Cumpre notar que o Direito Natural de que aqui se pretende tratar com mais

---

[28] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XXVII.
[29] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XXVII.
[30] Para Kelsen, maior expoente do positivismo, o Direito era essencialmente moral, mas uma moral que não era a melhor moral, mas simplesmente uma moral escolhida dentre as diversas

acuidade é o referente à modernidade – que traz diferenças com relação ao Direto clássico e ao medieval. Tal preferência se deve a dois motivos Primeiro porque é dele que se origina a possibilidade do positivismo, doutrina que provoca a ruptura com a moralidade absoluta no Direito através do rompimento com a idéia de Direito natural.

Em segundo lugar, porque quando se fala, atualmente, em resgate e distanciamento do jusnaturalismo, a referência à corrente moderna é imediata, já que guarda relações com os demais modelos de Direito natural, bem como fornece o viés mais atualizado da doutrina. Não obstante, não se deixará de tratar das formas antecessoras de jusnaturalismo, o que é necessário para o entendimento da corrente como um todo.

A característica essencial do jusnaturalismo, comum a suas três vertentes históricas, remete a uma referência à natureza como fonte de direitos, à crença na existência de direitos naturais, portanto. Ensina Nader que "O adjetivo *natural,* agregado à palavra *direito,* indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza"[31]

No entanto, enquanto na antiguidade o Direito natural era tido como proveniente da natureza das coisas, da ordem cósmica e o Direito natural medieval de uma visão teológica, o Direito natural moderno era tido como decorrente da natureza humana.

A título de esclarecimento, e já evidenciando as principais características do jusnaturalismo moderno ou racional, observe-se os ensinamentos de Goyard-Fabre

---

possibilidades existentes na sociedade. Neste sentido, o que o positivismo pretendia era o isolamento do Direito da moral "não escolhida" e portanto, de qualquer juízo moral extrajurídico.

[31] NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 458.

sobre a relação entre as idéias de Direito natural clássico[32] e moderno:

> a idéia de 'natureza das coisas', à qual remete o *conceito clássico* de direito natural não cabe muito no pensamento moderno que, mais ligado aos problemas da antropologia que da cosmologia, prefere a idéia de 'natureza humana' à qual remete o conceito moderno de direito natural[...] Enquanto o primeiro insere-se no ser do mundo onde representa o outro do caos, sendo objeto da filosofia primeira, o segundo refere-se – aliás, de diversas maneiras, à natureza do homem invoca (sic) as exigências racionais que constituem a sua superioridade e autoridade. A filosofia do direito dos 'modernos' substituiu a concepção fundamentalmente metafísica dos 'antigos' por uma concepção antropológica, mais prática que especulativa.[33]

Já com relação à transição entre o modelo antigo e o medieval de Direito natural, ocorre a partir de uma substituição do modelo cosmológico para o modelo teológico sob a influência do cristianismo, o que, não obstante, segundo Goyard-Fabre, "não altera verdadeiramente o cerne do problema jurídico: para os pensadores cristãos, o Direito natural continua sendo a norma universal do justo"[34]

Nestas duas vertentes: "A tradição jusnaturalista mostra [...] que para fundar a política e o Direito, é preciso ser *verdadeiramente filósofo,* isto é, medi-los pela Natureza e por Deus. A referência cosmológica ou teológica necessária para a fundação do Direito faz dele a linguagem do Verdadeiro e do Bem".[35]

Já na modernidade é a razão que assume esta função fundante do Direito e da política. Observa Goyard-Fabre que:

---

[32] Há, segundo Goyard-Fabre, três idéias forças no direito natural clássico, quais sejam; a)"Para estes filósofos, [Platão e Aristóteles] o bem, particularmente o bem comum, é mais fundamental que o agradável ou o útil, e as leis da Cidade devem estar voltadas para o seu cumprimento. Portanto, numa perspectiva eudemonista, elas são sustentadas por uma concepção moral inserida numa axiologia" b) "Essa visão ética da ordem jurídica corresponde a uma ontologia: o bem do homem é na verdade o que convém à sua natureza. Mas, para determinar o que convém à sua natureza, é preciso situar o homem no seu lugar certo na ordem imanente do *cosmos*. Disso decorre que a vida boa regida por boas regras é aquela que é conforme à ordem natural: o direito positivo da cidade só cumpre sua função exprimindo a justiça dos direitos naturais" e c) "Sendo a política o campo onde se pode manifestar a excelência humana – isto é, a superioridade ontológica do homem situado no topo da escala dos seres devido à sua inteligência – é preciso que o direito, que estrutura e organiza a vida dos cidadãos, se enraíze na ordem natural do mundo[...] A lei natural é o fundamento de todas as leis positivas que, no mundo dos homens, são uma tradução ou transposição dela." Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 36-37.

[33] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 5-6.

[34] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 36.

[35] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 39.

> Enquanto a tradição clássica e medieval fundava a sua concepção do direito natural na 'natureza das coisas', e a inseria num poderoso cosmologismo que a teoria judaico-cristã sustentara como um teologismo providencialista, o jusnaturalismo moderno vê no direito natural um *dictamen rationis.*[36]

Segundo Goyard-Fabre a transformação para o Direito natural moderno ocorre com a antropologização que se aproxima da ordem jurídica, substituindo o conceito de natureza das coisas pelo de natureza humana.

> O que no século XVI era apenas uma tendência, se tornará um filosofema fecundo no correr dos séculos XVII e XVIII. A teoria jusnaturalista da tradição clássica será subvertida pela compreensão 'moderna' do conceito de direito natural que, doravante instalado em uma filosofia que descobriu o homem como tema, se construirá em torno de três noções chave: o *humanismo*, o *individualismo*, e o *racionalismo*[37].

Sobre o humanismo, ensina Goyard-Fabre, trata-se de uma tendência que trouxe o homem para o centro da emanação política, destituindo a fundamentação da autoridade política de entes como a natureza das coisas, a ordem estabelecida, bem como de teologismos etc. Na verdade, esclarece:

> a inflação humanista que atravessava o século do Iluminismo[38] não só fazia do homem o condutor da vida política, como, mais precisamente, dava tamanho ímpeto ao indivíduo e à razão de que é portador que este, tornado o único agente da potência e autoridade políticas, era saudado, em sua autonomia, como criador das normas da ordem jurídica.[39]

Neste sentido, ensina Gardiol que o jusnaturalismo (da escola do Direito

---

[36] GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 100-101.
[37] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 43.
[38] "A nota dominante da cultura européia no século XVIII é expressa com a denominação Iluminismo. Iluminismo é o movimento cultural que, derivado do livre exercício da razão, revolve as luzes dessa questão a fim de dissipar as nuvens do obscurantismo, acumuladas no passado em cada campo da atividade humana, na filosofia, na educação, na religião e na política. Conexa com a exaltação do poder da razão, é uma desvalorização da autoridade da história, a qual é expressa pelos institutos políticos e religiosos que tramam e consolidam as formas de cultura ou de civilidade que se têm como ultrapassadas. É contra a história e o peso morto desta contribuição que se insurgem, em nome da natureza. Nesse sentido, fala-se em *direito natural* contra os poderes constituídos, que sustentam antigas concessões da autoridade política; fala-se em *religião natural* contra a religião positiva, representada por um magistério eclesiástico, conservador da revelação divina; fala-se em *economia natural* ou *fisiocracia* contra as intervenções do Estado e o regime de privilégio, em favor da livre explicação da atividade econômica por parte dos indivíduos, capazes de entrar e vencer na competição da riqueza". Cf. STRENGER, Irineu. **História da filosofia**. São Paulo: LTr, [199?].
[39] GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. p. 98.

natural)[40] surge como emancipação do homem frente a qualquer sustentação externa. Reflete a atitude renascentista que foi "sem dúvida um renascer do indivíduo que negou toda tutela ou vinculação com algo que pudesse ampara-lo, proclamando seu Direito a ditar-se a sua própria norma de vida, adequar-se a sua própria lei e esgotar seu próprio destino frente à eternidade"[41]

Já com relação ao racionalismo, esclarece Lopes que a razão prática dos clássicos, voltada para o questionamento dos fins, sua escolha e hierarquização – que indagava sobre a finalidade do mundo e da criação, por exemplo –, perde evidência para uma razão mais preocupada com os meios, uma razão "instrumental – ou seja, capaz de operar a relação entre meios e fins previamente dados, e uma razão estratégica – capaz de operar relações de oportunidade de cursos de ação para alcançar os fins determinados." [42]

Sobre a concepção racionalista de ciência, observe-se o que aduz Bobbio, evidenciando, pode-se dizer, o ponto de ligação entre a idéia metafísica[43] da

---

[40] Observe-se falar em jusnaturalismo é diferente de falar em Escola do Direito Natural. Esclarece Nader que:" Enquanto que por jusnaturalismo entende-se a imensa corrente de juristas-filósofos que consagram aqueles princípios de proteção à dignidade do homem, a chamada Escola de Direito Natural compreende apenas a fase racionalista, vigente entre os séculos XVI e XVIII, e que teve como corifeus Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorff, Wolf, Rousseau e Kant." Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 461

[41] "[...] sin duda un renacer del individuo que negó toda tutela o vinculación con algo que pudiera ampararlo, proclamando su derecho a dictarse su propia norma de vida, adecuarse a su propia ley y agotar su propio destino frente a la eternidad." Cf. GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1979. p. 71.

[42]. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. p. 180.

[43] Segundo Abbagnano, Metafísica em sentido geral remete à "Ciência primeira, por ter como objeto o objeto de todas as outras ciências, e como princípio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Por esta pretensão de prioridade (que a define), a Metafísica pressupõe uma situação cultural determinada, em que o saber já se organizou e dividiu em diversas ciências, relativamente independentes e capazes de exigir a determinação de suas inter-relações e sua integração com base num fundamento comum. [...] A Metafísica apresentou-se ao longo da história sob três formas fundamentais diferentes: 1º como teologia; 2º como ontologia; 3º como gnosiologia. A caracterização hoje corrente de Metafísica como 'ciência daquilo que está além da experiência" pode referir-se apenas à primeira dessas formas históricas, ou seja, á Metafísica teológica; trata-se também de uma caracterização imperfeita, porquanto leva em conta uma característica subordinada, por isso inconstante, dessa metafísica. [...] O conceito de Metafísica com teologia consiste em reconhecer como objeto da Metafísica o ser mais elevado e perfeito, do qual provêm todos dos outros seres e coisas do mundo. [...] A segunda concepção fundamental é a de Metafísica como ontologia ou

existência de leis universais e necessárias e a existência de um Direito natural descoberto através desta razão instrumental:

> A concepção racionalista, expressão da mentalidade iluminista em sentido amplo, abstrata e matematizante, se caracteriza por duas asserções fundamentais: 1) o mundo é um sistema ordenado regido por leis universais e necessárias (racionalismo objetivo ou metafísico); 2) o homem é um ser razoável, isto é, dotado de uma faculdade que lhe permite compreender aquelas leis (racionalismo subjetivo e metodológico). Nestas duas asserções se funda a concepção da ciência como adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo.[44]

Bobbio ensina que, no geral, o Direito natural se apóia, seguindo os princípios da concepção racionalista, em dois pressupostos:

> 1) Existem leis necessárias e universais que regulam a conduta do homem, leis naturais semelhantes a todas as demais leis que regulam o universo; 2) a ciência do Direito natural tem a função de descobrir e enunciar estas leis as obtendo da própria natureza do homem, com o fim de estabelecer de maneira válida e de uma vez para sempre, definitivamente, as regras imutáveis do comportamento social do homem e os princípios da sociedade ótima.[45]

Ensina Nader que a Escola do Direito Natural foi muito influenciada pelo racionalismo tendo a pretensão de criar códigos de Direito natural. “Concebeu este Direito como eterno, imutável e universal, não apenas nos princípios, mas igualmente em sua aplicação prática. A grande virtude da Escola foi a de considerar

---

doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: os que todo ser tem e não pode deixar de ter. [...] O terceiro conceito de Metafísica como gnosiologia é expresso por Kant. Na verdade a origem desse conceito deve ser identificada na noção de filosofia primeira de Bacon: ‘Uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e que, no progresso das doutrinas, constitua a parte comum do caminho, antes que as sendas se separem e se desunam’. [...] A característica da Metafísica kantiana é sua pretensão de ser ‘uma ciência de conceitos puros’ ou seja, ‘uma ciência que abarque os conhecimentos que podem ser obtidos independentemente da experiência, com base nas estruturas racionais da mente humana’.” Cf. ABAGNANO, Nicola. **Diccionário de filosofía**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 660-667.

[44] “La concepción racionalista, expresión de la mentalidad iluminista en sentido amplio, abstracta y matematizante, se caracteriza por dos aserciones fundamentales 1) el mundo es un sistema ordenado regido por leyes universales y necesarias (racionalismo objetivo o metafísico) 2) el hombre es un ser razonable es decir, dotado de una facultad que le permite comprender aquellas leyes (racionalismo subjetivo o metodológico)”.Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. p. 175-176.

[45] “1) existen leyes necesarias y universales que regulan la conducta del hombre, leyes naturales semejantes a todas las demás leyes que regulan el universo; 2) la ciencia del Derecho natural tiene la función de descubrir y enunciar estas leyes recabándolas de la propia naturaleza del hombre, con el fin de establecer de manera válida y de una vez para siempre, definitivamente, las reglas inmutables del comportamiento social del hombre y los principios de la sociedad óptima.” Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. p. 177.

a natureza humana como grande fonte do Direito."[46]

No que concerne ao individualismo ensina Lopez, trata-se de uma ruptura com o homem político da antiguidade bem como com o conceito organicista de civilização corporativa da idade média. A sociedade passa a ser vista como a composição de indivíduos isolados que se organizam mediante o contrato social[47].

O egoísmo individualista, diferente de uma natural sociabilidade dos homens, coloca como tarefa principal do Soberano a paz. Note-se que a própria conceituação de liberdade moderna enquanto preservação da "esfera individual e exclusiva de vida e propriedade"[48] opõe-se à liberdade dos antigos caracterizada pela participação na vida pública.

Através das influências humanista, racionalista e individualista surge, portanto, um Direito natural que tem como referência a natureza humana. Sobre o sentido de lei natural no pensamento jusnaturalista moderno: "à natureza pertencem todas as verdades suscetíveis de uma motivação puramente imanente, que não tem necessidade de uma revelação transcendental, senão que são por si certas e evidentes."[49]

Deve-se notar que o conceito de Direito natural sofre diferenciações não apenas em virtude das diferentes concepções históricas, mas também dentro da própria corrente moderna. Esclarece Nader que:

---

[46] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 461.

[47] Sobre o contrato social é expressão da doutrina contratualista que, conforme leciona Abbagnano, "reconhece como a origem e o fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil), uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Essa doutrina é bastante antiga. [...] Eclipsado na Idade Média pela doutrina da origem divina do Estado e, em geral, pela comunidade civil, o Contratualismo ressurge na Idade Moderna e, com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos [...]." Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Diccionário de filosofia.** p. 205-206.

[48] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. p. 181.

[49] "A la naturaleza Pertenecen todas las verdades susceptibles de una motivación puramente inmanente, que no tienen necesidad de una revelación trascendental, sino que son por sí certas y

> a corrente jusnaturalista não tem se apresentado, no curso da História, com uniformidade de pensamento. Há diversos matizes, que implicam a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: a convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior àquela[50] e que é a expressão do Direito justo.[51]

Bobbio enfatiza que o conceito de Direito natural moderno reflete uma unidade metodológica, já que não há unidade ideológica, visto que muitas vezes estas características metodológicas se olvidam em favor de características ideológicas, que são muito diferentes entre os autores e por isso não servem para determinar a unidade do movimento do Direito natural. Segundo Bobbio, "Essa unidade metodológica vem dada precisamente pela lograda inserção do estudo ético-jurídico na dominante concepção racionalista da ciência e mecanicista do mundo".[52]

Observe-se, portanto, que além da unidade metodológica e da unidade com relação ao conceito de natureza – ainda que haja divergências sobre o que é a natureza humana – há também uma unidade no que concerne à concepção de superioridade do Direito natural. Henkel[53] esclarece que embora existam conceitos muito diferentes e até contraditórios de Direito natural, há uma idéia sobre este Direito que pode ser, esta sim, unitária: de que o Direito natural é o verdadeiro Direito, ao qual o Direito positivo deve se submeter. Ele é o Direito do Direito, o fundamento legitimador do Direito positivo. O Direito natural, é, portanto, uma

---

evidentes" Cassirer apud Soler, Sebastian. Ley, História y Libertad. 2ª ed. Abelardo-Pierrot, 1957, p. 56. apud GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 71.

[50] Note-se que Nader está aqui a se referir ao direito natural moderno. Isto porque em nem todas épocas históricas tem o jusnaturalismo superioridade frente ao Direito positivo, por exemplo: o Direito positivo na antigüidade era superior ao Direito natural. Não obstante, para o jusnaturalismo moderno, da Escola de Direito natural, no qual se inspira a oposição do positivismo jurídico, o Direito natural era tido como superior ao positivo.

[51] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 456.

[52] "[...] esta unidad metodológica viene dada precisamente por la lograda inserción del estudio ético-jurídico en la dominante concepción racionalista de la ciencia y mecanicista del mundo" Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 177.

instância de controle do Direito positivo.

Para encontrar as características do jusnaturalismo especialmente no que concerne à sua contraposição frente ao positivismo jurídico, Bobbio caracteriza as teorias jusnaturalistas de acordo com três aspectos, visando demonstrar como o jusnaturalismo se opõe a três formas existentes no positivismo.[54]

Enquanto método para o estudo do Direito, o jusnaturalismo preocupa-se com o conteúdo das normas jurídicas.[55]Enquanto teoria geral do Direito, o jusnaturalismo reflete "uma teoria da moral (ou do Direito), isto é, aquela teoria segundo a qual o fundamento das regras de conduta humana não foi buscado na vontade do legislador (divino e humano) – entidade por essência mutável – mas na natureza humana, constante, uniforme, eterna[56]. O jusnaturalismo é um dos modos recorrentes como se apresenta uma teoria objetivista da ética."[57]

Saliente-se que o jusnaturalismo não é uma moral específica, mas pode ser qualquer moral, ela é contudo a filosofia de que esta é a moral absoluta. Da fundamentação jusnaturalista do Direito decorrem algumas teses:

> as leis da conduta não como mandatos, mas como dictamina rectae rationis; a natureza das coisas, e não a legislação como fonte principal da criação jurídica; a inadequação e, por conseguinte, a insuficiência intrínseca da ordem jurídica positiva; a livre busca do direito para além do direito positivo, por parte do juiz, para integrar, adaptar e melhorar o ordenamento posto[58].

---

[53] HENKEL, Heinrich. **Introduccion a la filosofia del Derecho**. Fundamentos del Derecho. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968. p. 643 e sgs.

[54] Aqui importa apresentar tais características do jusnaturalismo, que podem ser, contudo, comparadas com as características do positivismo apresentadas adiante.

[55] Reflete uma contraposição a idéia positivista de distinguir o que é Direito do que não é sem ter por base uma referência ao conteúdo das regras jurídicas, o que seria expressão do formalismo jurídico.

[56] Já para o positivismo o fundamento das regras de conduta é buscado em um voluntarismo jurídico, isto é, em decorrência de um ato de vontade e não de uma lei da natureza.

[57] "[...] una teoría de la moral (o del derecho), es decir, aquella teoría según la cual el fundamento de las reglas de conducta humana no ha de buscar-se en la voluntad del legislador (divino y humano) – entidad por esencia mutable – sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna. El jusnaturalismo es uno de los modos recurrentes como se presenta una teoría objetivista de la ética" Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico** p. 82.

[58] [...] las leyes de la conducta no como mandatos, sino como dictamina rectae rationis, la naturaleza de las cosas, y no la legislación, como fuente principal de creación jurídica; la inadecuación y, por consiguiente, la insuficiencia intrínseca del orden jurídico positivo; la libre búsqueda del derecho más

Enquanto ideologia, a seu turno, o jusnaturalismo irá trazer a idéia de que se deve obedecer ao Direito justo, o que deve ser determinado a partir de um critério superior de valoração.[59] Este critério, segundo Bobbio, "se obtém, na ética jusnaturalista, do conhecimento da natureza humana".[60]

Vistas as características essenciais do jusnaturalismo, para evitar compor verdades de forma parcial sobre tal doutrina, cabe um contraponto a esta idéia de que ela leva a uma fundamentação certa e evidente que se esgota na referência ao conceito de natureza. Neste sentido, ensina Otfried Hoffe[61], que, não obstante o Direito natural moderno seja fundado no conceito de natureza, não necessariamente tal conceito leva à falácia ser-dever-ser.

Höffe evidencia que a objeção dos críticos contra o jusnaturalismo com base no argumento de que ele cai na falácia ser-dever-ser não é necessariamente verdade. Ela consistiria na "sedução de obrigações normativas apenas das propriedades naturais do homem e do mundo"[62] Tal falácia existe quando se pretende passar de premissas puramente descritivas para conclusão puramente prescritiva. Isto geraria um silogismo falso do ponto de vista lógico formal.

Desta forma, se o jusnaturalismo partir de enunciados sobre a natureza e deles pretender extrair princípios normativo-críticos ele cairá nesta falácia. Höffe distingue entre três tipos de conceito de natureza: um descritivo em sentido amplo, um teleológico e um moral.

---

allá del derecho positivo, por parte del juez, para integrar, adaptar y mejorar el ordenamiento puesto." BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. p. 82-83.

[59] O jusnaturalismo, neste sentido, reflete uma contraposição ao formalismo ético, que previa o dever de obediência às leis enquanto tais. Neste caso, as próprias leis definem o justo e o injusto.

[60] "que se considera obtenible, en la ética jusnaturalista, del conocimiento de la natu raleza humana" Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. p. 78.

[61] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. 2ª ed. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 84 e sgs.

O primeiro sentido, cujo conceito de natureza engloba aspectos das concepções de Direito natural cosmológico e antropológico, significa "a globalidade dos últimos pressupostos da ação humana para trás dos quais não podemos recuar aquelas pressuposições que não são determinadas, nem por um aqui anterior nem pelo contexto institucional e cultural da práxis atual."[63] Este modelo imprime a já que esta natureza está fora do seu alcance.

Para o segundo, o teleológico, modelo aristotélico, a natureza reflete um espaço em desenvolvimento "cujo impulso reside no que cresce e que se completa ali onde as p ossibilidades inseridas no germe ordinário alcançam o pleno desenvolvimento, a realização otimal da essência."[64]

Por fim, a natureza pode ser vista como

> a totalidade das afirmações genuinamente normativas, mais precisamente, morais do direito. É um 'direito natural racional' ou 'direito da razão' no sentido normativo, e não apenas gnosiológico que vale para todos os tipos, a saber, que os princípios jusnaturalistas sejam buscados como meios da 'razão natural', pois, mesmo no pensamento jusnaturalista cristão, a revelação e a fé a ela incorporada têm apenas um significado subsidiário[65]

No primeiro tipo a natureza é fato. E cair na falácia parece inevitável. Mas Höffe usa o exemplo de Wolff[66] que diz que as afirmações jusnaturalistas "não têm apenas uma razão parcial, mas sua razão suficiente na essência e na natureza do homem e das coisas"[67]. Höffe argumenta que tal afirmação trata-se de um entimema e que a premissa subentendida por ser óbvia é "a norma fundamental que se articula com o conceito teleológico de natureza, de que são boas todas aquelas ações dos homens que visam a perfeição"[68]

---

[62] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 84.
[63] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 85.
[64] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 85.
[65] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 85.
[66] Componente da escola do Direito natural.
[67] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 85.
[68] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 85.

Höffe afirma que alguns teóricos jusnaturalistas caem na falácia do ser-dever-ser na medida em que fundamentam o Direito em um ser, como a natureza, mas nem todos. Em alguns deles, o Direito natural em si não é uma ontologia, e diante disso, deve ser justificado através de um parâmetro normativo superior que coincide com o conceito de justiça.

> O resultado a que chegamos, com o exemplo de Wolff, pode ser universalizado. Ali, onde o direito natural evita a falácia ser-dever-ser, porque ainda que apele a enunciados descritivos sobre a natureza, antepondo a estas proposições uma premissa normativa, permanece em aberto a questão da obrigação das premissas antepostas. A questão em aberto é uma questão sobre a obrigação em segundo nível. Ela se refere à justificação do fundamento normativo do direito natural e é respondida – numa semântica com intenção descritiva e legitimatória – com a perspectiva de justiça, incluindo seu critério 'vantajoso para cada um'. Deste modo, um pensamento jusnaturalista que por si não assume o ponto de vista da justiça, no fim é forçado, pela questão da legitimação que permaneceu em aberto, a reconhecer este ponto de vista.[69]

No que concerne ao segundo conceito de natureza não há separação clara entre fatos e normas, de modo que nem todas as premissas são descritivas e nem mesmo a resposta é inegavelmente normativa, de modo que, segundo Höffe, sua fundamentação leva também ao conceito de justiça.

Continua Hoffe afirmando que no terceiro conceito de natureza, o moral, relacionado com o jusnaturalismo moderno, encontra-se Kant como um de seus representantes. Para Kant, ensina Höffe, a natureza constitui "a totalidade dos princípios jurídicos que tem caráter a priori, e este possui um significado moral"[70] Em Kant, pode-se dizer, afirma Höffe, o termo Direito natural é supérfluo já que ele é definido moralmente. Aqui a natureza é diferente da natureza teórica ou empírica, ainda que tais conhecimentos quando muito fundamentais representem algum papel.

Neste sentido: "onde se define o direito natural desde o início com conceitos morais, ele corresponde ao ponto de vista moral em face do direito e do Estado, e,

---

[69] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 87.

com isso, à perspectiva da justiça política."[71]

1.1.3 Jusnaturalismo e codificação:

À parte as considerações específicas sobre as características dos jusnaturalistas, cabe ressaltar que este movimento foi o verdadeiro inspirador da idéia de codificação, ensejadora do positivismo jurídico. Neste sentido, o que foi elaborado como pretensão de fortalecimento dos ideais de um Direito natural acabou sendo a sua derrota.

A evidência dos ideais humanistas, racionalistas e individualistas, trazia para o indivíduo o centro de emanação natural do Direito revelando concepções fundamentais de direitos que deveriam ser preservadas, como era o caso do Direito à liberdade. Neste contexto, a codificação aparecia como uma solução apta a fixar os direitos existentes[72] de uma forma sistemática e de acordo com os mandamentos da razão, impedindo que quaisquer outros direitos que pudessem ser reivindicados tirassem o papel central dos direitos advindos da natureza humana.

Neste contexto é que o código surge como o mecanismo para a afirmação inconteste, eternização e sistematização dos valores universais do Direito natural. O Direito positivo, nesta perspectiva, seria mero instrumento para a enunciação dos princípios da reta razão, a fim de que não fossem usurpados pela aplicação indiscriminada de um Direito não natural.

Ensina Goyard-Fabre:

---

[70] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 88.
[71] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 89.
[72] Conforme as palavras de Rousseau. Cf. GOYARD-FABRE, Simone**. Princípios filosóficos de Direito político moderno**. p. 102.

> Superando, não sem dificuldades, a equivocidade inerente ao termo 'Direito', a filosofia do direito orientou a reflexão sobre o Poder para uma concepção constitucionalista que realmente construiu o pórtico do estado moderno. De fato, no século XVIII, juristas e filósofos atribuíram expressamente ao 'direito político', também chamado 'direito civil', a função de organizar o poder do Estado de acordo com as normas racionais, cujo estatuto específico eles se dedicaram a modelar.[73]

O movimento codificador do Direito foi, portanto, impulsionado pelo próprio jusnaturalismo, visando clareza e sistematização, conforme afirma Lopes. Foi visando, inclusive, destituir a legislação anterior (ius comune, medieval). Eram os códigos, continua, diferentes de uma compilação, refletindo "um desejo de ordem, de hierarquia e de concentração legislativa no poder central, o Estado".[74]

Não obstante os intentos de preservação dos valores do Direito natural, a codificação acabou sendo um precioso instrumento de afirmação posterior do positivismo que, ironicamente, desprezava a idéia de um Direito natural superior ao Direito positivo.

Segundo Zagrebelski[75], a inspiração da codificação, decorrente da declaração de 1789, nascera com o intuito de sistematização visando uma precisão e completude, cujo conteúdo deveria ser coerente com os seus (da declaração) princípios inspiradores, mas acabou que a declaração perdeu para a lei o papel de verdadeira constituição de direitos, de modo que a codificação e a atuação dos juízes acabou atuando despreocupada com os ideais da declaração.

O fato é que a idéia de uma codificação que deveria concretizar os princípios da Declaração dos Direitos do Homem acabou sendo indiferente a estes, o que se realizou pela própria independência que os procedimentos legislativos adquiriram frente a estes ideais.

---

[73] GOYARD-FABRE, Simone. **Princípios filosóficos do Direito político moderno**. p. 100.
[74] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. p. 208.
[75] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 52 e sgs.

Desponta, assim, no século XIX, o positivismo, segundo Lopes, a partir de uma contradição: “De um lado, recebe do jusnaturalismo moderno a formação axiomática, transmitida junto com a idéia de legislação e código. De outro lado, recebe a concepção voluntarista[76] de lei, histórica e positiva”[77].

Sobre o contexto de origem do positivismo, ensina Lopes: “O positivismo [...] tem sua origem em dois fenômenos modernos interligados: soberania do Estado Nacional e o movimento codificador”. [78]

Leciona Bobbio, sobre a contextualização histórica da transição do jusnaturalismo para o positivismo, que este surge juntamente com a formação do Estado moderno e a dissolução da sociedade medieval, característica histórica do momento culminante do jusnaturalismo e posterior surgimento do positivismo.

Esta centralização jurídica se evidencia no papel do juiz que, antes livre órgão da sociedade, agora com o Estado moderno é parte do Estado – assim como o Direito adquire vinculação estatal – e diante disso ficava vinculado ao Direito posto por ele, não podendo mais realizar a livre apreciação entre as fontes do Direito natural e do positivo, que eram anteriormente ambos fontes do Direito. Note-se que esta contextualização histórica é a contextualização mesma do jusnaturalismo moderno.

Nas palavras de Bobbio:

> [...] quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos. Enquanto, de fato, em um período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob

---

[76] O voluntarismo, segundo Lopes, representa expressão da vontade do legislador, cujo controle contra arbitrariedade se exerce a partir de procedimentos decisórios formalizados, como o voto, as impugnações a decisões, entre outros. Esta forma de controle de arbitrariedade, note-se, é procedimental, não derivando, portanto, diretamente de uma noção de justiça. A legislação acaba sendo legitimada pela vontade da maioria.

[77] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. p. 224.

[78] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. p. 225.

> exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do Direito.[79]

É, portanto, no contexto de um Estado moderno que chama para si a centralização da emanação jurídica que surge o positivismo, a partir do impulso dos próprios teóricos do Estado moderno que pretendiam na codificação a centralização de sua lei natural. O Estado continuou centralizado, mas desvinculou-se, com o positivismo, da idéia de Direito natural.

1.1.4 Precursores do positivismo.

Neste contexto de ruptura com o jusnaturalismo, em seu próprio seio teórico é que se desenvolve o positivismo. A abordagem deste irá se afirmar de forma definitiva a partir da teoria kelseniana. Não obstante, já antes podem ser observadas algumas teorias que lhe precedem defendendo afirmações de caráter eminentemente positivista.

O surgimento de tais teorias positivistas e a ruptura com os ideais de Direito natural tiveram consistência porque, conforme ensina Nader, o positivismo surgiu em um momento em que o Direito natural estava em uma fase difícil, comprometido com os excessos da Escola de Direito Natural. Anota que:

> a mensagem que o positivismo trazia para a ciência, de se valorizarem apenas fatos concretos, a realidade observável e a conseqüente rejeição de todos os elementos abstratos, encontrou receptividade entre os juristas e filósofos do Direito, incompatibilizados com abstracionismo e a metafísica da Escola de Direito Natural. O Direito natural, em suas diferentes aportações, é negado pelo positivismo, por considera-lo idéia metafísica. Como método de pesquisa e de construção, o positivismo só admite como válido o método

---

[79] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 29.

> indutivo, que se baseia nos fatos da experiência, recusando valor científico ao método dedutivo, por julga-lo dogmático.[80]

Diante disso, nos diversos países europeus desenvolveram-se algumas teorias de caráter positivista que seriam precursoras da posterior formulação de Kelsen, que pode ser considerada a representação maior do positivismo.

A diferença kelseniana entre Direito e moral, ambos considerados normas sociais, parte da constatação de que o mundo moral é relativo. Diverge, portanto, das postulações jusnaturalistas de uma ontologia-ética. O que ele visa com tal diferenciação é garantir a pureza da ciência jurídica. A ciência pura é aquela que "se propõe a garantir um conhecimento dirigido apenas para o Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo o que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito."[81]

Como precursores das idéias que com Kelsen delineariam precisamente o positivismo, surgem teorias como o Pandectismo na Alemanha, a Escola da Exegese na França e a Escola Analítica na Inglaterra que propiciaram "a compreensão dos dispositivos legais, pela cuidadosa pesquisa da vontade do legislador."[82]

Na Alemanha, antes mesmo da configuração pandectista, o movimento do historicismo, do qual era componente Savigny, começava o distanciamento do jusnaturalismo, pugnando pela valorização da história, em contraponto ao excesso do racionalismo jusnaturalista. A história, para esta corrente, era vista a partir de um viés individualista e não de forma generalizadora das forças humanas históricas.[83]. Assim: "A reação, que aparece no plano político, filosófico e jurídico contém, como

---

[80] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 464.
[81] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 1.
[82] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 317.

denominador comum, o repúdio à presumida onipotência da razão, sustentando a impossibilidade de prescindir do passado histórico e das exigências atuais que sejam conseqüência necessária daquele."[84]

Para Bobbio, a importância do historicismo para o positivismo se dá pela ruptura que ele propõe com as idéias racionais do jusnaturalismo. O historicismo tem como características essenciais "o fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas representam) que considera a humanidade abstrata"[85]

Neste sentido, como características do historicismo estão: a consideração da variedade da história devida à variedade do próprio homem; o sentido irracional da história[86]; descrença no progresso da humanidade (ao contrário dos racionalistas) e elogio do passado (ao contrario dos iluministas que exaltavam as luzes); e o amor pela tradição, decorrente de um desenvolvimento lento.

A escola histórica dava valor ao Direito científico[87] e não ao direito judiciário, o que difere da escola pandectista, para a qual o importante era a codificação e não o Direito científico.

---

[83] GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofía del Derecho.** p. 100.
[84] "La reacción, que aparece en el plano político, filosófico y jurídico contiene, como denominador común, el repudiar la presunta omnipotencia de la razón, sustentando la imposibilidad de prescindir del pasado histórico y de las exigencias actuales que sean consecuencia necesaria de aquél." GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofía del Derecho**. p. 102..
[85] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** p. 48.
[86] em contraposição à consideração racionalista para a qual o elemento propulsor da história era a razão, tinham como mola propulsora da história as paixões, o impulso.
[87] O direito científico considerava-se aquele que estava entre um direito popular, das sociedades em formação, e um direito legislativo, das sociedades em decadência. Era considerado por Savigny o direito das sociedades maduras. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 62. Segundo Arruda, o direito científico "é o direito dos jurisconsultos, que apreciam os costumes, formam as leis, classificam os princípios, e, ao mesmo tempo, representam a consciência popular. Portanto o direito científico tem uma dupla manifestação: o jurisconsulto, como membro do povo, representa o que acha ser a consciência popular, que também se manifestou nos costumes populares; como o homem de saber, o jurisconsulto classifica estes costumes e estabelece regras e princípios." Cf. ARRUDA, João. **Filosofia do Direito**. p. 119.

Segundo Bobbio, o pandectismo foi a escola que na primeira metade do século XIX sistematizou cientificamente o Direito comum[88] vigente na Alemanha[89]. Iniciou-se, continua Bobbio, com Thimbaut[90] – um dos principais juristas de sua época (1772-1840).[91]

Bittar e Almeida esclarecem que o pandectismo, que se dedicava ao estudo dos Pandectas, ou Digesto, de Justiniano, via a lei como produto da história de um povo e da vontade racional do legislador[92]. Norberto Bobbio nos ensina que Thimbaut era defensor da codificação como forma de possibilitar a renovação da nação alemã.[93] Tal codificação permitiria realizar o intuito de uma boa legislação que deveria ter perfeição formal, isto é, enunciar as normas de modo claro e preciso, e também ter perfeição material, isto é, conter normas para regular todas as relações sociais. Tal intento era impossível para uma Alemanha governada pela cooperação entre o Direito germânico, o Direito canônico e o Direito comum romano.

Contra a alegação da escola Histórica – representada por Savigny e contrária à codificação naquele momento da Alemanha – de que o Direito codificado paralisaria o desenvolvimento, Thimbaut afirma que as questões mais importantes mudam menos do que se imagina, de modo que as diversidades locais nada tem de natural, decorrendo do arbítrio dos príncipes. Para Savigny a forma de promover a Alemanha deveria ser através do desenvolvimento do Direito científico. Esta defesa de Savigny fez com que tal codificação não se realizasse na época na Alemanha.

As idéias históricas de Savigny, contudo, perdem força. A escola histórica

---

[88] O direito comum era o Direito romano.
[89].Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** p. 57.
[90] Note-se que Thimbaut faz parte também da Escola Histórica. Cf. ARRUDA, João. Filosofia do Direito. p. 7-8.
[91] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 56.
[92] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. p. 317.

assume com Puchta um ponto de diferenciação: a jurisprudência dos conceitos. Ensina Maria Helena Diniz que:

> A sistematização histórica, proposta por Savigny[94] acabou dissolvendo-se numa estilização sistemática da tradição, como seleção abstrata das fontes históricas, sobretudo romanas. A relevância dada à intuição do jurídico no s institutos cedeu lugar a um sistema de construção conceitual de normas jurídicas. O direito constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas, em íntima conexão. Logo, qualquer lacuna é aparência, pois as normas de amplitude genérica maior contém logicamente as outras, na totalidade do sistema. O sistema jurídico é a manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática explicita.[95]

Apresentou a Escola Histórica, ensina Diniz,

> [...] alguns senões como a substancialização e personificação do coletivo na figura imaginária do *Volksgeist*[96]*;* a contradição entre um programa historicista traçado para a jurisprudência e a realização racionalista, que resultou na dogmática da jurisprudência dos conceitos.[97]

Segundo Lacambra:

> [...] a Escola histórica chegou à construção de uma ciência do Direito concreto. A jurisprudência conceitualista foi, assim, um fruto póstumo de um racionalismo jusnaturalista, que converteu a compreensão do Direito a um mero cálculo de conceitos, em um processo abstrato de natureza lógico-formal. [98]

Canaris esclarece que a jurisprudência dos conceitos é uma corrente teórica que visava construir um sistema lógico-formal, entendendo tal sistema como aquele em que as regras estão concatenadas desde as premissas às conclusões sem

---

[93] Um código na Alemanha permitiria a fuga da arbitrariedade dos estados independentes. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 58.

[94] Observe-se que o próprio Savigny afastou-se de certa maneira do historicismo que pregava, o que se pode observar pelo seu interesse pelo estudo do Direito romano. Sobre o assunto, vide: LACAMBRA, Luis Legas y. **Filosofia del Derecho**. 4 ed. Barcelona: Bosch, 1975. p. 106 e sgs.

[95] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.100.

[96] Conforme ensina Diniz: "Para Puchta o direito humano (jurídico positivo) confunde-se com o direito natural, isto é, com o direito nascido do espírito popular, como convicção ou vontade comum do justo (Volksgeist). O direito era o direito do povo, consciência do povo é o Estado e a autoridade pública, imprescindíveis para a realização do direito. O Estado, portanto, não cria o Direito, pois pressupõe no *Volksgeist,* que, por sua vez, é o meio pelo qual Deus se revela ao homem, Há uma simbiose entre o direito posto e o direito formado pela consciência". Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. p.100.

[97] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. p. 100.

[98] "[...]la Escuela histórica llegó a la construcción de una ciencia del Derecho concreto. La jurisprudencia conceptualista fue así un fruto póstumo del racionalismo jusnaturalista, que convirtió la comprensión del Derecho en un mero cálculo de conceptos, en un proceso abstracto de naturaleza lógico-formal. Cf. LACAMBRA, Luiz Legaz y. **Filosofia del Derecho**. p. 108.

contradições lógicas e lacunas. Continua afirmando que: “Nos bastidores desta concepção encontra-se o conceito positivista de Ciência, elaborado tendo com o ideais a matemática e as Ciências da natureza.”[99]

Bittar e Almeida esclarecem que tendo o positivismo jurídico como característica essencial a compreensão da norma e o sistema jurídico em que está inserida, a jurisprudência dos conceitos pode ser considerada precursora neste sentido. “A redução do Direito à norma, com a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas na esfera do Direito atinge seu ápice com a Jurisprudência dos Conceitos [...]”.[100]

Sobre o assunto, ensina Lacambra: “Contra o abuso da lógica formal no campo da ciência jurídica, se levantaram uma série de críticas, cristalizadas em tendências e grupos doutrinais de grande relevância inclusive no âmbito da Filosofia do Direito. Trata-se de um estilo antitético do logicista, que chamaremos “estilo sociológico”[101], porque busca as vinculações sociais do Direito e utiliza material sociológico na construção. Mas se trata, ainda, de pensamento “jurídico” e não de “sociologia jurídica”, que é outra coisa.”[102]

Em contraposição a esta teoria conceitual, Ihering formula sua teoria com um enfoque sociológico baseada na concepção de interesse. Ihering, neste sentido, coloca o interesse (ou fim) como “mola propulsora do Direito”[103]. Ele prepara o caminho para a nova escola, que não se fundamenta na redução de proposições

---

[99] CANARIS, Claus-Wilhelm**. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Tradução de Antonio de Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996. p. 28.
[100] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. p. 37.
[101] Ensina Lacambra que o precursor desta via foi Jhering. LACAMBRA, Luis Legas y. **Filosofia del Derecho.**
[102] LACAMBRA, Luis Legas y. **Filosofia del Derecho**. p. 140.
[103] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. p. 320.

jurídicas a conceitos, mas num positivismo sociológico"[104]. Nesta perspectiva o Direito é visto a partir da sociedade, de modo que os conceitos estão em função da vida e não o contrário. O que deve acontecer, portanto, é o que brota no seio da sociedade e não na lógica.

Ensina Cordeiro que

> A jurisprudência dos interesses afirmou-se na crítica ao conceptualismo anterior. Os conceitos não poderiam ser causais em relação às soluções que, pretensamente, lhes são imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença. Aparentemente promissora, esta posição cedo limitou o alargamento juscientífico que veio a potenciar. Procurando prevenir a intromissão de qualquer metajuridicismo, a jurisprudência dos interesses acabou por procurar os juízos que, sobre os interesses, fossem formulados pelo próprio legislador.[105]
>
> Em suma, para esta escola, o Direito não é um conjunto de imperativos formulados abstratamente ou um sistema de proposições que ligam um certo efeito jurídico a uma determinada condição de fato, senão que é essencialmente um complexo de juízos de valor ou, mais exatamente de valorações de interesses, que o legislador expressa em forma coativa. Daí que o juiz não deva limitar-se à simples interpretação lógica, senão que lhe compete penetrar na intenção do legislador e aplicar a lei sobre a base deste exame de interesses que o legislador protege e limita.[106]

Aqui fica evidente a manifestação positivista da jurisprudência dos interesses que, distante de qualquer apreciação jusnaturalista no Direito, acabava por evidenciar valorações baseadas em interesses que o legislador deveria proteger através da coação. Saliente-se que a questão da coação é, além do próprio desprezo pelo excesso do jusnaturalismo, uma forma de afirmação do modelo positivista e também forma utilizada para diferenciar Direito e moral.

Apresentada a questão na Alemanha, observe-se na França. A escola da exegese, segundo Gardiol[107], nasce a partir do advento do Código Civil Francês em 1804 (o código de Napoleão). Ensinam Bittar e Almeida que a escola da exegese,

---

[104] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**.. p. 320.
[105] Cf. CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Wilhelm-Claus. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. p. XIV
[106] LACAMBRA, Luis Legas y. **Filosofia del Derecho**. p. 143.
[107] GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de Filosofia do Direito.** p. 98.

visando a completude do ordenamento jurídico, acabava não dando espaço para o Direito natural. Segundo Bobbio, a previsão de Savigny se confirmara: surge a escola da exegese que, diante do código Napoleônico, acaba por realizar um estudo passivo e mecânico de seus dispositivos. Sua técnica consistia em: "assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código"[108]

Tal método de interpretação fica muito enraizado na cabeça dos juristas franceses da primeira metade do século XIX. Em linhas gerais, a escola da exegese, segundo Bobbio, caracterizava-se por inverter as relações tradicionais entre Direito natural e Direito positivo, tendo este como mais importante; por manifestar uma concepção extremamente estatal de Direito; por resolver a interpretação da lei de acordo com a vontade do legislador; pelo culto ao texto da lei e pelo respeito ao princípio da autoridade, cuja palavra não se pode discutir. Note-se que tal método visava justamente a garantia dos ideais da revolução, ainda que tenha trazido conseqüências ruins para estes ideais materiais da declaração de Direitos, que ficou relegada a segundo plano.

Ensina Gardiol qu e ela é conseqüência "da consolidação dos princípios do jusnaturalismo racional; é o triunfo do princípio da divisão dos poderes, e é também a necessidade de asseguramento de estabilidade e certeza do Direito estabelecido na Revolução". [109] Note-se que fica clara aqui uma contradição da teoria, já que ao resguardar a onipotência do legislador a tal ponto, não seria possível a

---

[108] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** p. 83.

[109] " [...] de la consolidación de los principios del jusnaturalismo racional; es el triunfo del principio de la división de los poderes, y es también la necesidad de aseguramiento de estabilidad y certeza del derecho establecido por la Revolución." Cf: GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de Filosofia do Direito.** p. 99.

harmonização com princípios superiores de Direito.

Na Inglaterra a expressão de início do positivismo se dá com Benthan e Austin. Para Benthan, a common law[110] tinha grandes problemas: gerava incertezas ao cidadão com relação às conseqüências de sua ação; a retroatividade da norma ditada pela sentença quando não fundamentada em precedente, mas em norma nova decorrente de criação judiciária; não se funda no princípio da utilidade; dever do juiz de resolver uma controvérsia ainda que lhe falte competência específica e a falta de possibilidade de controle pelo povo da produção jurídica dos juízes.

O que Benthan buscava era um código que para avaliar a correção de cada uma das suas disposições conta com o princípio utilitarista da realização da maior felicidade para o maior número de pessoas; que pudesse ser completo, claro e preciso em seu conteúdo e com a motivação das finalidades que pretende atingir para que seja o mais compreensível possível, já que a lei o é porque posta por determinada por uma autoridade de acordo com motivos cognoscíveis.[111]

Já a escola analítica, segundo Bittar e Almeida[112], representada principalmente por John Austin, tem na doutrina deste a determinação do ser do Direito positivo como aquele emanado pelo soberano, sendo o Direito positivo diferente da moralidade humana pelo fato de suas leis não serem emanadas de um soberano. Austin via na lei a forma típica de Direito e o fundamento último da norma jurídica, sendo defensor convicto da legislação[113]. Segundo Austin, a subordinação a um soberano superior derivaria de duas condições: a obediência habitual de um conjunto de indivíduos a um superior comum e a ausência de subordinação deste

---

[110] Note-se que na common law a tradição legalista era ainda menos forte, já que historicamente deram prevalência ao Direito do costume.
[111] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** p. 96 e sgs.
[112] BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. p. 320 e sgs.

superior para com qualquer outro.

Estas são algumas teorias surgidas antes de Kelsen e que acabam por afirmar o surgimento do positivismo jurídico que posteriormente iria se delinear.

1.1.5 A teoria kelseniana como afirmação definitiva do positivismo jurídico.

Após estas doutrinas, o positivismo jurídico surge de forma bem delineada a partir da partir da influência do neokantismo.

Segundo Radbruch:

> O movimento neokantiano foi o movimento que se iniciou na Alemanha, a partir de 1860, e que teve o seu primeiro início na brilhante exposição da filosofia kantiana feita por KUNO FISCHER, e, pouco depois, na obra de OTTO LIEBMANN (*Kant und die Espigomen, 1865*), cujo programa era o de um <<regresso a Kant>> (zurück zu Kant), para se conseguir sair da metafísica do naturalismo e do materialismo, a que conduzira afinal o Positivismo. Apesar da unidade deste programa inicial o movimento não tardou em se cindir em várias modalidades de doutrina, destacando-se fundamentalmente nele duas grandes escolas: a Escola de Marburgo e a Escola de Baden ou sudocidental alemã.[114]

O neokantismo reflete um movimento de retorno a Kant, o que ocorre a partir da segunda metade do século XIX com o retorno do criticismo[115] através do neocriticismo. [116]

Ensina Gardiol que:

> Os excessos de materialismo e de positivismo[117], evidenciados nas doutrinas precedentemente estudadas [Gardiol refere-se à escola da exegese, ao historicismo e ao positivismo anterior ao kelseniano, especialmente Jhering, Dugüit, Austin, entre outros[118]] que no agudo dizer de Ortega, mais que duas expressões filosóficas, são duas formas de ignorância filosófica, a impotência para resolver através de seus esquemas

---

[113] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** . p. 104.
[114] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: A. Amado, 1979, p. 320.
[115] Caracterização da teoria kantiana. Vide parte seguinte deste capítulo sobre Kant.
[116] GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. P. 119 e sgs.
[117] Ensina Nader que "Para o materialismo a realidade está a matéria, rejeitando toda a abstração e assumindo uma posição antimetafísica. " Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 467.
[118] GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 98 e sgs.

> a problemática jurídica, a peremptória necessidade de precisar o conceito de direito e de encontrar os limites entre o enfoque científico e o filosófico a seu respeito, determinam um regresso às estruturas do idealismo kantiano.[119]

Na descendência de Kant vem a escola de Masburgo, com Stammler e a retomada do jusnaturalismo, dentre outros; a escola de Baden, e a concepção kelseniana. Tais correntes retomam, cada uma com foco específico – a abordagem kelseniana é diferente da de Stammler, por exemplo – e à sua forma, as concepções do criticismo kantiano desde as noções de boa-vontade, de imperativos categóricos e hipotéticos, de separação entre Direito e moral, além de suas demais idéias, conforme será exposto alhures. [120]

Positivismo jurídico, segundo Radbruch, em derivação do neokantismo é a "atitude de pensamento que consiste em nos limitarmos, também no domínio do direito, só ao imediatamente dado, e em sistematicamente rejeitar não só qualquer tentativa de fundamentação metafísica como qualquer preocupação valorativa, extra-utilitária, do direito para além do direito positivo".[121]

A base para o positivismo que irá se desenvolver no século XX é dada pelo normativismo de Hans Kelsen que em face da relação causal[122], coloca o conceito de norma como conceito fundamental do ordenamento. Deste modo, O Direito não pode ser determinado pelo princípio da causalidade segundo o qual "Se A, **é** B", mas

---

[119] "Los excesos de materialismo y de positivismo, evidenciados en las doctrinas precedentemente estudiadas, que en el agudo decir de Ortega, más que dos expresiones filosóficas, son dos formas de ignorancia filosófica, la impotencia para resolver a través de sus esquemas la problemática jurídica, la perentoria necesidad de precisar el concepto de derecho y de encontrar los límites entre el enfoque científico y el filosófico a su respecto, determinan un regreso a las estruturas del idealismo kantiano." Cf. GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 120.

[120] Não se relaciona com o objeto do presente estudo a retomada de todas as correntes neokantianas, basta ver que se desenvolvem desde Stammler, com a retomada do jusnaturalismo até Kelsen, com a definição do positivismo jurídico. Nem mesmo cabe desenvolver a influência kantiana em Kelsen, basta a referência para localização teórica de Kelsen. Sobre o assunto: GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 119 e sgs.

[121] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito,** p. 324.

apenas de acordo com o princípio da imputação segundo o qual "Se A, **deve ser** B".[123] Isso implica uma relação normativa em que a existência da premissa não necessariamente leva à conseqüência, esta, no caso do princípio da imputação é uma prescrição que pode ou não ser realizada.

Neste sentido: "Desaparece do cenário jurídico o problema causal, para ser substituído pela imputação normativa, donde resultará que a conseqüência não é efeito de uma causa que a desencadeou, mas é atribuída ao sujeito, em uma relação humana que ali terminará"[124]

A norma jurídica, neste sentido, pertence ao reino do *Sollen* (dever ser), enquanto que a lei da causalidade, que rege a natureza, pertence ao reino do *Sein* (ser). O Direito é uma realidade espiritual e não natural. Se no domínio da natureza a forma de ligação dos fatos é a causalidade, no mundo da norma é a *imputação.*"[125]

Diante disso, "a norma jurídica, que é objeto da ciência do direito, é um juízo hipotético que expressa o enlace imputativo de um fato condicionante com uma conseqüência condicionada. Mais brevemente: é um juízo hipotético, no qual se estabelece um dever ser"[126]

A partir destas estruturas básicas, embora sem prescindir de um estudo próprio sobre a justiça, Kelsen colocou-a em lugar diverso e isolado da aplicação e estudo do Direito, que deveria realizar-se de forma científica, de acordo com os

---

[122] Tal noção parte da lógica Aristotélica, construída para pensar noções do mundo natural, o que Kelsen substitui com a apropriação da diferenciação entre ser e dever ser. Cf: GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 158-159.
[123] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p. 85 e sgs.
[124] "Desaparece del escenario jurídico el problema causal, para ser reemplazado por la imputación normativa, de donde resultará que la consecuencia no es efecto de una causa que la ha desencadenado, sino que la consecuencia es atribuida al sujeto, en una relación humana que ahí terminará." Cf. GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 159.
[125] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. p. 474.
[126] "La norma jurídica, que es objeto de la ciencia del derecho, es un juicio hipotético que expresa el enlace imputativo de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Más brevemente:

postulados de uma ciência pura, o que está essencialmente ligado a uma separação da moral e do Direito.

O Direito, segundo Kelsen, caracteriza-se como "ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano."[127] O termo norma, por seu turno "quer significar que algo deve ser ou aconteceu, especialmente que um homem deve se conduzir de determinada maneira."[128]

No que concerne à diferença entre Direito e moral, segundo Kelsen, ela não pode remeter ao caráter interior da conduta como aquela que se realiza contra as inclinações do indivíduo[129], já que o Direito também reclama uma conduta contra a inclinação. A questão é que apenas cria-se um interesse, uma inclinação que determina que atue em conformidade com a regra social.

Não se pode aceitar o entendimento desta doutrina como se apenas uma conduta contra a inclinação e o interesse tem valor moral, o que se refere especificamente aos motivos da conduta. Primeiramente Kelsen considera impossível atuar contra as inclinações e em segundo lugar determina que uma moral referente apenas aos motivos da conduta pressupõe outra ordem social que prescreva uma conduta externa, normas que também devem ser morais. Uma conduta só pode ter valor moral quando tanto os motivos quanto a própria conduta sejam correspondentes a uma norma moral.

A diferença entre moral e Direito também não se encontra na forma de

---

es un juicio hipotético, en el que se establece un deber ser". Cf.GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito**. p. 160.

[127] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** p. 5

[128] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** p. 5.

[129] Conforme a doutrina kantiana. Para Kant, a moral era derivada de uma racionalidade individual capaz de ser universal e que, portanto, não podia ser decorrente das inclinações ou interesses pessoais do indivíduo. Sobre o assunto vide a segunda parte deste capítulo sobre Kant.

produção ou aplicação de suas normas, já que tanto a moral quanto o costume são criados por meio de uma elaboração consciente. A moral, a única que interessa para a ética, enquanto teoria científica, também é positiva e embora não preveja órgãos específicos para a aplicação de suas normas, pode ser assimilada a ordenamentos como os primitivos ou o Direito internacional.

Ainda, a diferença não se encontra no que as normas prescrevem. Ela se percebe, porém, em como isto se realiza, o que no caso do Direito é feito mediante a coação. O Direito é, assim, "ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado".[130] Ao contrário, a moral, é uma "ordem social que não estatui quaisquer sanções deste tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física".[131]

Esta concepção de sanção organizada liga-se a um conceito específico de Kelsen sobre o Direito. Para ele, o Direito organizado é o mesmo que Estado. Para a caracterização de ambos em uma determinada sociedade em contraposição a outros tipos de ordenações coercitivas, o Direito – e consequentemente o próprio Estado, se impõe mediante o que Kelsen denomina "eficácia global" do ordenamento jurídico.[132]

Esta eficácia, que irá delimitar o âmbito de atuação do Direito e a determinação dos limites do Estado, pode ser conceituada como o fato de a maioria dos indivíduos, em um determinado espaço, acreditarem – e tal crença é refletida por uma atuação geral dos indivíduos de acordo com tal sistema – que um

---

[130] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** .p. 71.
[131] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** p. 71.

determinado ordenamento, um determinado complexo institucional é aquele a quem devem obedecer e cujos atos de coerção, neste sentido, são legítimos.[133].

Esta configuração do Direito e do Estado, diante disso, acaba por isolar o Direito de qualquer outro sistema de imposição de conduta. Isso porque por ser uma ordem de coerção institucionalizada globalmente eficaz e portadora de uma objetividade, diferencia-se de qualquer outro sistema coercitivo que pretenda impor condutas especificamente porque é aquele dotado de legitimidade.

Para além disso, há que se esclarecer sobre a relação de conteúdo entre Direito e moral. Não se pode dizer que o Direito seja ou deva ser justificado na Moral. Certamente, afirma Kelsen, o Direito é moral, mas daí não decorre que ele corresponda a uma moral única e universal que reflita o justo, já que a moral é relativa, cada um tem sua própria concepção sobre o que é moral e, portanto, o Direito pode apenas refletir uma destas moralidades. Isto porque:

> se concebe que em diversas épocas, nos diferentes povos e até mesmo no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões, valem

---

[132] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p. 48 e sgs.

[133] Kelsen irá determinar que um ordenamento pode ser considerado o ordenamento jurídico porque as pessoas pressupõem que este é o ordenamento que as rege e não qualquer outro ainda que atue de forma coercitiva. Há uma crença geral em uma norma, norma fundamental, que determina que "devem ser executados atos de coerção sob os pressupostos fixados e pela forma estabelecida nas normas que caracterizamos como Constituição, quer dizer, desde que pressuponhamos uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja considerado como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que põe este ato como autoridade constitucional." KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p. 50. Esta colocação de Kelsen que expressa que a existência de uma norma superior que determina que a coerção realizada por uma determinada instituição é considerada legítima baseia-se, como se viu, no fato de existir uma eficácia global desta norma. Isto significa que: "a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quando a conduta real (efetiva) dos indivíduos corresponde, globalmente considerada, ao sentido subjetivo dos atos dirigidos a essa conduta é que este sentido subjetivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo, e esses atos são considerados ou interpretados como atos jurídicos" KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p. 50-51. Deve-se notar que o sentido subjetivo do ato significa que ele não é vinculativo, não é ligado a um sistema em que a sanção a um ato desviante não é apenas uma simples ameaça, mas algo que deve ser realizado. É algo permitido pela comunidade e não só isso, é algo exigido para a organização geral do sistema em virtude do monopólio do poder coercitivo que ela implica. Já a mera ameaça constitui um crime, porque não faz parte da ordem mesma do sistema. E este sentido subjetivo ou objetivo se dá justamente em virtude da eficácia global deste sistema, que lhe confere objetividade. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. p. 43 e sgs.

> sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se torna por bom e mal , justo e injusto em todas as possíveis circunstâncias , que apenas há valores morais relativos, a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de moral e de justiça.[134]

Kelsen prossegue, contudo, afirmando que os conceitos morais dos homens são muito diversos e que, portanto, não há como determinar qualquer elemento comum.

O Direito, assim, como independente da pressuposição de uma moral absoluta, apriorística, é, ele mesmo, relativamente moral ou justo. Daí Kelsen deduz que as relações entre Direito e moral são apenas de forma e não de conteúdo. O Direito, pelo fato de ser norma, tem um valor jurídico.

Deste modo, a validade do ordenamento, para Kelsen, segundo a doutrina positivista que separa Direito e moral, não está relacionada à correspondência com um sistema moral absoluto que funda a Justiça absoluta. Não obstante, o Direito não se distancia completamente do justo. Mas esta relação apenas pode significar que "quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isto traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral, e não a relação entre aquela e 'a' Moral".[135] Assim, qualquer critério para avaliação da justiça de um sistema jurídico é um critério relativo.

O conhecimento científico do Direito positivo, essencialmente descritivo, não tem, segundo Kelsen, preocupação com a sua legitimação por uma ordem distinta, já que ele não visa a aprovação ou desaprovação do seu objeto.

Com isso, impede-se que a classificação de determinado ordenamento jurídico positivo como fundado na moral absoluta venha a desprezar as demais

---

[134] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito,** p.72- 73.

ordens estatais como imorais.

> A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o direito da moral e dos valores trascendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.[136]

Ficam, assim, as características do positivismo kelseniano especialmente no que concerne à relação entre Direito e Moral. Cabe agora expor algumas características essenciais da teoria positivista como um todo.

1.1.6 Características gerais do positivismo:

Quando se fala em positivismo, ainda que se tenha a concepção kelseniana como paradigma, é necessário evidenciar de que positivismo se está a referir, já que este possui diversas vertentes com significados relevantemente diferentes, (e que refletem o posicionamento de diversos autores ditos como positivistas mas que não necessariamente compartilham da mesma idéia) conforme se pode perceber apoiando-se na distinção feita por Norberto Bobbio.

Segundo Bobbio, “para um positivista, nem o mundo é um sistema racional, nem o homem tem a posse de um órgão para o conhecimento da verdade absoluta como a razão”.[137]

Bobbio divide o positivismo em três aspectos: como método de estudo do Direito, como determinada teoria ou concepção de Direito e como determinada

---

[135] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito,** p. 76 .
[136] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. p. 17.

ideologia da justiça.[138]

O positivismo como método de estudo do Direito determina que o objeto de estudo do jurista é o Direito tal como ele é de fato e não sua idealização. Isto é seu ser e não seu dever ser. Trata-se de uma abordagem científica, de acordo com as ciências descritivas e explicativas. O objeto da ciência jurídica é, portanto, o Direito Positivo e não a correspondência a certos valores ou fins.

O positivismo jurídico como teoria reflete uma "concepção particular do Direito que vincula o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercer a coação: o Estado". O Direito é, assim, relacionado à monopolização do poder por parte do Estado.[139]

A esta concepção de positivismo vinculam-se, segundo Bobbio, teorias ligadas ao positivismo jurídico como: teoria da coatividade, para a qual o Direito é um conjunto de normas que visa a regulação do uso da força em uma sociedade; teoria imperativa, para a qual as normas jurídicas são mandatos; teoria da supremacia da lei sobre outras fontes, sendo as outras consideradas subordinadas ou aparentes; teoria da ordem jurídica como conjunto pleno sem lacunas e antinomias e por fim a teoria que concebe o método da ciência jurídica a atividade meramente lógica do jurista e juiz.

---

[137] "Para un positivista ni el mundo es un sistema racional ni el hombre esta en posesión de un órgano para el conocimiento de la verdad absoluta como la razón." BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 178.

[138]. O primeiro aspecto trata-se na verdade não de um método, mas de uma forma de delimitar o objeto de investigação. Por teoria Bobbio entende "conjunto de asseverações vinculadas entre si com as quais certo grupo de fenômenos são descritos, interpretados, levados a um nível muito alto de generalização e até unificados depois em um sistema corrente." Já ideologia significa, para Bobbio, "certa tomada de posição frente a uma realidade dada e esta posição está fundada sobre um sistema mais ou menos consciente de valores, se expressa em juízos de valor que tendem a exercer qualquer influência sobre a realidade mesma, conservando-a tal como ela é, se a valoração é positiva, modificando-a, se a valoração é negativa." Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico.** p. 40.

A terceira concepção de positivismo, como ideologia: “Representa a crença em certos valores e, sob a base desta crença, confere ao Direito que é, pelo simples fato de existir, um valor positivo, prescindindo de toda consideração acerca de sua correspondência com o Direito ideal”[140]. Esta concepção de positivismo reflete a teoria da obediência, segundo a qual a lei é obedecida enquanto tal.

Nesta perspectiva, há duas derivações. Por um lado, a consideração do Direito como justo em si simplesmente pelo fato de ser positivo, isto é, emanar da vontade do poder dominante. Há confusão do conceito de justiça com o de validade. Por outro lado, a concepção de que o direito traz, em si, algumas vantagens como a paz, a ordem, a certeza e em geral a justiça legal. Destas duas vertentes decorre, igualmente, uma obrigação moral de obedecer às regras jurídicas, elas devem ser obedecidas por si. Aqui fica caracterizada a relação desta concepção de positivismo com a teoria da obediência. [141]

Como se pode observar cada uma das três vertentes sobre o positivismo jurídico está relacionada com uma ou algumas teorias construídas historicamente, desde a teoria da avaloratividade da ciência jurídica, passando pela teoria da coatividade, entre outras, como se pode ver supra, e finalizando na teoria da obediência. Estas são as formulações dos teóricos positivistas no decorrer da história.

Cabe apreciar brevemente estas teorias contidas na segunda vertente do positivismo, já que na primeira e a terceira vertentes as teorias já foram analisadas,

---

[139] O nexo desta concepção com a anterior, segundo Bobbio, é somente fático e histórico, já que surgem no mesmo tempo, mas não há um nexo lógico. Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico.** p. 43.
[140] BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico** p. 47.
[141] Enquanto para o positivismo como teoria, bastava a verificação do fato, para o positivismo como ideologia, há uma valoração positiva deste fato. Também aqui a relação entre as teorias é fática ou

visto que a cada vertente corresponde uma teoria de modo que esta se explicou quando se falou daquela.

Resta falar, portanto da teoria da coatividade – que segundo Bobbio também é uma teoria jusnaturalista –, da teoria das fontes do Direito, da norma jurídica e do ordenamento jurídico.

Para os positivistas, ensina Bobbio[142], a coação é um elemento típico do Direito, o que está ligado à consideração do Direito do ponto de vista do Estado, que detém a organização social por meio da força de modo exclusivo. A idéia de coação não é exclusividade do Direito positivo, sendo que antes dele podia ser vista em teóricos como Thomasius, Kant e Jhering. Mas com Kelsen surge a concepção de que a coerção é objeto das normas jurídicas, sendo o Direito um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa. Esta, portanto, não é meramente um meio para fazer valer as normas jurídicas e o Direito não é antes um conjunto de normas que se faz valer coativamente, conforme previam as teorias anteriores ao positivismo.

No que concerne às fontes do Direito, o positivismo estabelece a lei como única fonte de qualificação. As demais são meras fontes de conhecimento jurídico. Uma fonte de qualificação, esclarece Bobbio[143], é aquela que produz regras jurídicas e além disso dá a elas qualificação de normas jurídicas. Já uma fonte de conhecimento não tem esta segunda atribuição, servindo apenas para a produção de regras de modo que a atribuição do status de normas jurídicas é determinada pela fonte superior à fonte que as produziu.

No que concerne à teoria da norma jurídica, o positivismo defende a teoria

---

histórica, não essencial ou necessária. Cf. BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico.** p. 48.

[142] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 166.

[143] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 166 e sgs.

da imperatividade da norma jurídica. Tal abordagem pode ser vista a partir do modelo de Austin que vê o Direito como um comando emanado do soberano ou a partir do modelo do imperativo hipotético de Kelsen. O Direito seria caracterizado como um imperativo hipotético que se constrói de forma que o estabelecimento de uma condição gera uma conseqüência. É diferente do imperativo categórico segundo o qual a prescrição independe de uma condição prévia.

Por fim, no que concerne à teoria do ordenamento jurídico o positivismo passa a considerar o Direito do ponto de vista do ordenamento, visto que antes o Direito era visto apenas sob o viés da norma jurídica. Esta concepção de forma mais coerente é manifestada por Kelsen, ainda que anteriormente já tenha sido propugnada pela codificação enquanto movimento originariamente jusnaturalista. Enquanto para este havia uma unidade material, Kelsen alertava para uma unidade formal do Direito, que é relativa ao modo pelo qual as normas são postas. Segundo Kelsen, haveria dois tipos de ordenamento: estático e dinâmico. Aquele refere-se à moral e ao jusnaturalismo e este ao Direito positivo.

Ensina Bobbio que para o jusnaturalismo "o direito constitui um sistema unitário porque todas as suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente".[144]

Já para Kelsen, a unidade do Direito se dá "não porque as suas normas possam ser deduzidas logicamente uma da outra, mas porque elas todas são postas (direta ou indiretamente, isto é, mediante delegação a autoridades subordinadas) pela mesma autoridade, podendo assim todas ser reconduzidas à mesma fonte

---

[144] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p 200.

originária constituída pelo poder legitimado para criar o Direito".[145]

Estas são as teorias que de algum ponto de vista podem ser consideradas positivistas. Considerando-se que a teoria kelseniana, por ser expressão mais completa do positivismo expressa quase todas, senão todas as características enunciadas.

Tratada a matéria crucial do problema, observe-se como as diferentes teorias, antes e depois de Kelsen, questionaram a relação entre Direito e moral.

1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.

1.2.1 Thomasius e Kant.

A abordagem sobre a diferenciação entre Direito e moral deve-se notar como ponto de partida, começa a despontar mais claramente[146], conforme assinala Miguel Reale[147], na modernidade com os ensinamentos de Thomasius e posteriormente com Kant, de modo que tal diferenciação teve pouca expressão no Direito antigo e medieval.

Thomasius, ensina Reale[148], situado na época do Iluminismo na Alemanha, criou a primeira doutrina explícita sobre os critérios para diferenciar o Direito da Moral. Isso ocorreu ainda em meio às influências do medievo, em que as atuações da igreja e do Estado davam a si mesmos o poder de vigiar consciências, que eram, assim, mais a causa de julgamento dos indivíduos do que as suas próprias ações

---

[145] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 200.
[146] Isso porque pode-se contemplar alguns esboços de tal separação realizados em outros autores, como Giordano Bruno na Idade Média e Grotius na modernidade. Não se trata de colocar todas estas teorias no presente estudo. Sobre o assunto vide: ARRUDA, João de. **Filosofia do Direito**. p. 268 e sgs.
[147] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 653 e sgs.
[148] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 653-654.

externas. Insurgindo-se contra tal arbítrio, Thomasius diferencia entre Direito e moral determinando que ao Direito caberia apenas o foro externo. Considerava o foro interno como aquele que se realizava no plano da consciência enquanto o externo o que se realizava no plano da ação que implicava relações com os outros membros da sociedade. Apenas neste foro externo é que haveria possibilidade de interferência do poder público para exigir a conduta conforme os ditames da vida comum.

Neste âmbito externo, continua Reale, apresenta-se a idéia de coercibilidade – isto é, execução pela força física – ainda que o Direito, segundo Thomasius, nem sempre se realize pela força, podendo ser cumprido espontaneamente, sendo a coerção apenas a resposta à falha desta espontaneidade de cumprimento. A realização do Direito pela força, assim, não afetaria a sua essência. Já no caso da moral, ocorreria o contrário, pois não se admitia em hipótese alguma o cumprimento da moral pela coerção. Neste caso já não mais se poderia falar em moral.

Segundo Gardiol:

> Cristian Thomasius ou Tomasio (1655-1728), [...] cimenta as bases do moderno de direito natural[149] e estabelece, ainda que de forma rudimentar, uma das notas diferenciais entre direito, moral e convencionalismos sociais, com o uso daquelas famosas palavras: *justum* para o direito, *honestum* para a moral e *decorum* para os usos sociais, que ainda que vaga, é tomada e precisada depois em Kant sob a formula da interioridade da moral e da exterioridade do direito [...]. [150]

No que concerne ao pensamento de Kant (1724-1804) é necessário observar, para entender sua teoria, notar que ele foi componente da escola do

---

[149] O direito natural moderno – jusnaturalismo racional – faz parte de uma corrente maior denominada direito natural e que reflete a crença de que o direito tem um fundamento decorrente da própria natureza, sendo que o conceito de natureza a que se refere sofreu transformações de acordo com a evolução histórica do jusnaturalismo. Na modernidade referia-se à natureza humana.

[150] "Christian Thomasius o Tomasio (1655-1728), [...] cimenta las bases del moderno derecho natural y establec, aunque en forma rudimentaria, una de las notas diferenciales entre derecho, moral y convencionalismos sociales, que aunque vaga, es tomada y precisada después en Kant bajo la forma de la interioridad de la moral y de la exterioridad del derecho[...]". Cf. GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de Filosofía del Derecho**. p. 82.

Direito natural[151] e teorizador do criticismo ou idealismo transcendental[152], direcionando sua teoria como reação ao dogmatismo e ao ceticismo[153], sendo teórico de grande influência entre os filósofos sucessores até a atualidade.

A elaboração kantiana no que concerne à separação entre Direito e Moral, no contexto de seu criticismo, parte do pressuposto, que o caracteriza como jusnaturalista racional, de que a Moral tem um conteúdo ético absoluto determinado pela razão e que, portanto, relaciona-se ao indivíduo, mas que é compartilhado por todos porque é buscada em categorias universais da razão que estão livres da influência das inclinações de cada um. Neste sentido, a moral é universal e definida

---

[151] Escola que reflete o jusnaturalismo moderno, de viés racionalista.

[152] Segundo Abbagnano: "Doutrina de Kant, nos pontos básicos pelos quais agiu na filosofia contemporânea, e que podem ser assim resumidos: 1º Formulação *crítica* do problema filosófico e, portanto, condenação da metafísica como esfera de problemas que estão além das possibilidades da razão humana. 2º Determinação da tarefa da filosofia como reflexão sobre a ciência e, em geral, sobre as atividades humanas, a fim de determinar as condições que garantem (e limitam) a validade da ciência e, em geral, as atividades humanas. 3º Distinção fundamental, no domínio do conhecimento, entre os problemas relativos à origem e ao desenvolvimento do conhecimento no homem e o problema da validade do próprio conhecimento, isto é, distinção entre o domínio da psicologia [...] e o domínio lógico-transcendental ou lógico-objetivo, onde tem lugar a questão *de iure* da validade do conhecimento, insolúvel no terreno *de facto.* Essa distinção equivale à descoberta da dimensão lógico objetiva do conhecimento[...]. 4ºConceito de moralidade fundada no imperativo categórico e conceito de imperativo categórico como forma de razão em seu uso prático. Esses pontos constituem as características comuns de criticismo e neocriticismo. Não constituem, porém, traços característicos ou dominantes do criticismo os fundamentos da doutrina kantiana de *arte, teleologia* e *religião.*" Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Diccionário de filosofia**. p. 224.

[153] Ensina Abbagnano que o dogmatismo e o criticismo são teorias opostas, sendo que os seguidores daquele definem sua opinião sobre todos os assuntos enquanto os deste não a definem. Segundo KANT, ensina Abbagnano, o Dogmatismo "identifica-se com a metafísica tradicional entendendo por ele o "preconceito de poder progredir na metafísica sem uma crítica da razão". É a tentativa de buscar na razão de forma leviana conhecimentos que estão fora de sua alçada já que não são passíveis de experiência possível. Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Diccionário de filosofia**. p. 293. Segundo Huisman "Kant deve, ao mesmo tempo, corrigir o dogmatismo racionalista de Descartes – representado na Alemanha por Wolff – e refutar a crítica céptica desenvolvida por Hume." Ensina, ainda, sobre o ceticismo: "Para Sexto Empírico, um dos mestres da escola céptica[...], o raciocínio e a experiência sensível, à qual ele se reduz de fato, só nos permitem atingir a aparência, a fenomenalidade das coisas, mas nunca a essência da realidade, condenando assim o conhecimento a um relativismo generalizado." Complementa, agora com respeito a Hume: "Em *Investigação sobre o entendimento humano,* publicada em 1748 mas traduzida para o alemão oito anos depois, Hume procede a uma análise minuciosa da relação de causalidade. Mostra que, por trás daquilo que fora pensado até então como o princípio mais formal e mais racional da reflexão, encontra-se na verdade o trabalho da imaginação e o efeito do hábito, ou seja, as duas faculdades que, pela força da dúvida sistemática, Descartes acreditara poder excluir o domínio da reflexão racional. Hume conclui pela impotência consubstancial da razão e por sua incapacidade de sair dos limites da experiência comum." Isso equivale a dizer, continua Huisman, na esteira de Kant, que não existiria e nem poderia existir

formalmente de acordo com os imperativos da racionalidade.

Na visão kantiana, a separação entre Direito e moral abarca especialmente três aspectos: autonomia e heteronomia, exterioridade e interioridade e coação.

O conceito de autonomia remete a noções estruturais no pensamento de Kant e oferece fundamento aos demais conceitos, devendo, por isso, ser analisado com mais atenção. Para Kant, a moral é autônoma, já que os motivos que implicam a sujeição dos indivíduos a seus preceitos são contidos nela mesma. Os preceitos morais, assim, têm valor não porque fundados em algo externo, como uma coação por exemplo, mas porque são em si valorosos.

Tem-se o dever pelo dever, sendo que o dever moral é buscado na vontade do próprio indivíduo, que é também, por isso, autônomo. Assim, a moral se fundamenta em si, sendo autônoma e o indivíduo a encontra dentro de si mesmo, sendo autônomo. Esta vontade em que se busca o dever moral caracteriza-se "como uma faculdade que alguém possui de determinar-se a si mesmo, agindo de acordo com a representação de certas leis. Semelhante faculdade só pode ser encontrada nos seres racionais".[154]

Esta faculdade de cada um determinar a si mesmo é situada na vontade mas não se encontra, contudo, nas inclinações de cada indivíduo. Ela é representante de uma lei universal determinada por e para todas as pessoas. A vontade é estabelecida, destarte, por uma razão prática que é uma razão moral direcionada ao agir – visa determinar os princípios racionais da conduta humana, a lei prática[155]- e que se caracteriza por ir, além do mundo conhecimento, aos dados a

---

metafísica. Cf. HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 98.

[154] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. p. 77.

[155] Que é aquela capaz de proporcionar princípios universais válidos para todo ser racional, para todo querer.

priori[156] da consciência. Os dados a priori são aqueles livres de conteúdos contingentes, eles não decorrem da experiência, mas de uma lei da razão que é universal e determinada pela própria existência humana e pela valorização do homem como fim em si mesmo. Sua manifestação se dá a partir de imperativos categóricos[157].

> Teremos, pois, de inquirir inteiramente a priori a possibilidade de um imperativo categórico; porque aqui não temos a vantagem de que a realidade do mesmo nos seja dada na experiência e, portanto, de que a possibilidade nos seja necessária só para explica-lo e não para assentá-lo. Mas, provisoriamente, devemos compreender o seguinte: que o imperativo categórico é o único que se expressa em lei prática, e os demais imperativos podem se chamar princípios, mas não leis da vontade; porque o que e (sic) necessário fazer só como meio para conseguir um propósito qualquer, pode considerar-se em si como contingente, e em qualquer momento podemos ficar livres do preceito renunciando ao propósito, enquanto que o mandato incondicionado não deixa á vontade nenhum arbítrio acerca do objeto e, portanto, leva em si aquela necessidade que exigimos sempre na lei[158]

Estes imperativos categóricos, à diferença dos imperativos hipotéticos, não são determinados por fins individuais e inclinações, eles decorrem simplesmente da "relação dos seres racionais em si"[159]. Isso deriva da idéia de dignidade[160], que determina que os indivíduos são fins em si mesmos e não meros meios para a realização de fins de outros, são algo que não tem um preço. O fim é aquilo que "serve para a vontade como fundamento objetivo de sua autodeterminação, e tal fim,

---

[156] Essa determinação da moral através de uma razão pura apresenta a preocupação racionalista de Kant. A razão é fonte por si da moralidade, e não mais instrumento de uma revelação divina, como entendiam os teóricos medievais como Tomás de Aquino.

[157] "...há um imperativo que, sem pôr como condição nenhum propósito a obter por meio de certa conduta, determina essa conduta imediatamente. Tal imperativo é *categórico*. Não se refere à matéria da ação e ao que desta possa resultar, consistindo o essencialmente bom da ação no ânimo que se nutre por ela, seja qual for o êxito. Esse imperativo pode denominar-se: o da *moralidade*." Já com relação ao imperativo hipotético, "o imperativo que se refere à escolha dos meios para a própria felicidade, isto é, o preceito da sagacidade, é hipotético; a ação não é enviada em absoluto, mas como simples meio para outro propósito." Cf. KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 65.

[158] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 69.

[159] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 85.

[160] "A moralidade é a condição debaixo da qual um ser racional pode ser fim em si mesmo; porque só por ela é possível se membro legislador no reino dos fins. Assim, pois, a moralidade e a humanidade, enquanto esta é capaz de moralidade, são as únicas que possuem dignidade" KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 77.

quando posto pela mera razão, deve valer para todos os seres racionais.[161]" A determinação de fins absolutos, quais sejam: os indivíduos, é que permite a fundamentação dos imperativos categóricos e possibilitam a lei prática.

A argumentação moral, como dito, parte de um imperativo geral do dever que determina: "age como a máxima de tua ação devera tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza"[162]. Esta universalidade determina que o argumento moral que parte da vontade e constitui o agir por dever, deve passar pelo teste da validade para todos deste postulado. Nas palavras de Carlos Santiago Nino os imperativos categóricos são universais:

> posto que se são os princípios que queremos como puros seres racionais com abstração de nossas inclinações e desejos contingentes que nos diferenciam uns dos outros, então se segue que cada ser racional quererá a mesma lei que quereria qualquer outro ser racional e, portanto, essa lei moral obriga a todos os seres racionais por igualdade. [163]

Neste sentido, encontra-se o que Kant chama de Reino dos fins. É um reino porque encerra uma "relação sistemática de distintos seres racionais por leis comuns. Mas como as leis determinam os fins, segundo o seu valor universal, resultará que, se prescindirmos das diferenças pessoais dos seres racionais e a si mesmo de todo conteúdo de seus fins privados, poderá imaginar-se de um todo de todos os fins (tanto dos seres racionais como fins em si, como dos fins que cada qual pode propor) em enlace sistemático; digamos, um reino dos fins...".[164].

Anotados os aspectos essenciais da teoria kantiana pertinentes à autonomia da moral, cabe anotar que:

---

[161] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 77.
[162] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 71.
[163] "puesto que si son los principios que queremos como puros seres racionales con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos contingentes que nos diferencian unos de otros, entonces si sigue que cada ser racional querrá la misma ley que querría cualquier otro ser racional, y, por lo tanto, esa ley moral obliga a todos los seres racionales por igual." Cf. intoducción, p . 403
[164] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 84.

> a moralidade consiste, pois, na relação de toda ação com a legislação, pelo (sic) qual é possível um reino dos fins. Mas essa legislação deve encontrar-se em todo ser racional e poder originar-se de sua vontade, cujo princípio é, pois, não fazer nenhuma ação por outra máxima que não seja esta, a saber: que possa ser tal máxima uma lei universal e, portanto que a vontade, pela sua máxima, possa considerar-se a si própria ao mesmo tempo como universalmente legisladora.[165]

Sendo a moral representada pelo dever e sendo o dever encontrado na vontade que constitui a autodeterminação alheia às inclinações individuais e a favor das leis universais da razão, a virtude está justamente em agir conforme o dever à revelia das inclinações, sendo o dever, como visto, aquele que parte da vontade. A capacidade de atuação conforme o dever é o que torna o homem livre, ele liberta-se de suas inclinações. A liberdade, assim, é diferente da possibilidade de cada um agir conforme fins próprios que vise, mas consiste em agir conforme o dever. Isso decorre da fundamentação do dever moral a partir dos postulados da razão prática.

Diante do exposto, cabe anotar as considerações de Kant, segundo o qual a lei moral é determinada por três aspectos diferentes embora intrinsecamente relacionados, quais sejam:

> 1º) Uma *forma*, que consiste na universalidade e neste sentido se expressa a fórmula do imperativo moral dizendo: que as máximas têm que ser escolhidas de tal modo como se devessem ter o valor de leis universais e naturais.
> 2º) Uma *matéria,* isto é, um fim, e então expressa a fórmula: que o ser racional deve servir como fim por sua natureza e, portanto, como fim em si mesmo; que toda máxima deve servir de condição limitativa de todos os fins meramente relativos e caprichosos.
> 3º) Uma *determinação integral* de tidas as máximas por meio daquela fórmula, a saber: que todas as máximas, por legislação própria, devem concordar em um reino possível dos fins, como um reino da natureza".[166]

A partir das características apresentadas, destacou-se o caráter autônomo da moral. O Direito, ao seu turno, é heterônomo. Isto porque os motivos para a sua obediência estão em um fim que não está nele mesmo, mas que é localizado na coação. Assim, quando "a vontade procura a lei, que deve determina-la, em algum

---

[165] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 85.
[166] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 87.

ponto que não na aptidão de suas máximas para sua própria legislação universal e, portanto, quando sai de si mesma em busca dessa lei na constituição de algum de seus objetos, então se produz sempre a heteronomia".[167]

Deve-se notar, contudo, que o conceito próprio de Direito baseia-se em fundamentos a priori no que se chama doutrina do Direito, e portanto, dotados de autonomia, ainda que os preceitos decorrentes do Direito preservem a heteronomia. O Direito, alerta Kant, diferencia-se em duas espécies: um Direito natural, a priori e um Direito positivo[168]. O Direito natural, ou doutrina do Direito, remete ao conceito de Direito que, embora sua realização e funcionamento sejam heterônomos, a sua existência mesma e sua conceituação se fundamentam em uma autonomia. Tal conceito funda-se no imperativo categórico que determina: "É justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais"[169]

Não obstante a sua caracterização conceitual a partir de imperativos categóricos, o Direito, em seu aspecto positivo, não pode ser determinado de tal forma em suas leis, afirma Kant, em virtude da diversidade das situações específicas que é necessário regular. O Direito, pode-se dizer, decorre da autonomia da vontade do indivíduo apenas enquanto o seu conceito fundamente-se na necessidade de liberdade.

---

[167] KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** p. 92-93.

[168] Sobre a diferença entre direito positivo e direito natural: "O conjunto de leis suscetíveis de uma legislação exterior se chama teoria do Direito, ou simplesmente Direito (jus). Quando essa legislação existe, forma a ciência do Direito Positivo. O homem versado nesta ciência, ou que conhece o Direito, é chamado de jurisconsulto, (juirisperitus), se, além disso, conhece as leis exteriores de um modo exterior, isto é, sua aplicação aos diferentes casos apresentados pela experiência, e nesse caso a ciência do Direito recebe o nome de Jurisprudência (jurisprudentia). Porém, se faltam estas duas condições indispensáveis para que haja jurisprudência, a ciência do justo é tão somente a simples ciência do Direito (jus scientia). Esta última denominação convém ao conhecimento sistemático do Direito natural (jus naturae), por mais que o jurisconsulto deva tomar dessa última os princípios imutáveis de toda legislação positiva." Cf. KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 44.

Ele vem para garantir a liberdade externa dos indivíduos que se caracteriza pelo preceito de que os homens não devem obedecer a nenhuma lei a não ser aquela que possam ter consentido. A obrigação jurídica e a exigência de coexistência de liberdades segundo uma lei universal não pode se fundar em outro lugar que não na razão prática. A exigência de se agir conforme o Direito é uma exigência ética. O Direito, considerado em seu sentido lato, relaciona-se ao mundo moral. Isso porque para Kant a doutrina moral (dos costumes) diferencia-se em doutrina da virtude (ética) e doutrina do Direito (ius), esta, adequada a leis externas. Não obstante, em sentido estrito, as regras decorrentes de sua positividade não são cumpridas por seu valor em si, mas em virtude um fator externo, independente da vontade livre do indivíduo, e, portanto, o Direito é heterônomo.

A busca de princípios universais com conteúdo se dava para Kant pela ética. A ética é, ensina, uma das categorias de uma divisão que também inclui a lógica e a física e intenta caracterizar-se como ponto de compromisso entre os princípios da lógica e da física. Aquela, que alcançava regras puramente formais de raciocínio e, portanto, eram universais e esta que continha os princípios do uso teórico da razão. Com isso Kant visava na ética encontrar princípios de alcance universal, mas com conteúdo substantivo.

Tratada a questão da autonomia e heteronomia, cabe salientar que desta diferenciação retiram-se, como conseqüência, outras duas características da distinção entre moral e Direito.

No que concerne ao segundo fator de diferenciação apontado por Kant, qual seja, o caráter interno ou externo de determinação do arbítrio do indivíduo, alerta Kant que o arbítrio, no âmbito moral, pode se impulsionar por uma motivação de

---

[169] KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito** p. 46.

âmbito interno ou externo. Isso porque, ainda que tal arbítrio se refira imediatamente a uma motivação de âmbito interno (o dever autônomo encontrado na vontade), ele pode assumir motivos provenientes externamente como deveres. Já no caso do Direito, o arbítrio encontra-se motivado apenas por fatores de caráter externo, já que ele não exige que o arbítrio do agente se fundamente no dever interior, mas somente pode ligar-se a motivos externos (como é o caso da coação – fonte heterônoma de determinação da obediência).

A última diferença, também decorrente do motivo da ação é a coercibilidade do Direito. Este, como dito, fundamenta sua obediência por motivações externas, em que Kant enquadra a coação ou sua ameaça. Já na legislação moral, a idéia de dever basta como motivo de sua realização. A justificação da coação como válida na doutrina moral do Direito se dá porque ela é um instrumento para obstaculizar o impedimento de liberdades e, portanto, é fomentadora da liberdade.

Com Kant pode-se observar que a moral tem um conteúdo próprio e decorrente da natureza dos indivíduos e que pode ser apreendida por uma razão prática. Já o Direito, embora tenha uma determinação moral decorrente da necessidade de convivência entre os arbítrios dos indivíduos, acaba tendo seu conteúdo indeterminado a priori, segundo a natureza humana, já que podem ser muito variáveis as situações que se deve regular. Note-se que a ética que hoje se entende por fonte do conteúdo do Direito, Kant atribuía à moral e ao Direito natural, que se caracterizava como instância de determinação autônoma, ainda que o Direito natural apenas determinasse o conceito de Direito determinando que visa a conformidade entre arbítrios e que nenhuma lei é justa neste sentido se não é determinada pelo consentimento de cada um.

O fato é que o Direito não é exigido porque tem um conteúdo válido por si,

mas porque há um fator externo, a coação, fator que não está na vontade do indivíduo, o que tem como conseqüência a indiferença da atuação do Direito frente a valorações morais decorrentes de uma razão universal. Não importa, ainda, se o indivíduo considera internamente aquela lei do Direito como um dever, ele a obedece segundo as motivações externas. O que resta ressaltar diante disso é que para Kant há duas esferas de liberdade apresentadas respectivamente pela moral e pelo Direito: a liberdade do foro interno exige que se atue conforme o dever, já a liberdade no âmbito externo exige que se atue apenas segundo as regras que se pode consentir. (junta estas duas liberdades e dá o consenso deontológico)

A moral, para Kant, é absoluta sempre.

Concluída a exposição sobre Kant, que juntamente com Thomasius inaugurou a diferença entre Direito e moral, cabe abordar as diferenciações feitas por alguns expoentes na filosofia do Direito a fim de concluir a tarefa de localização do problema.

1.2.2 Jhering:

Segundo Gardiol, Jhering é: "Uma das figuras mais inquietas no pensamento jurídico europeu do século XIX e a quem se pode classificar como um precursor de todas as doutrinas jurídicas modernas [...]".[170]

Jhering (1818 – 1892) foi jurista, defensor da jurisprudência dos interesses[171], agregando os métodos histórico[172] e sociológico ao estudo do Direito.

---

[170] "Una de las figuras más inquietas en el pensamiento jurídico europeo del siglo XIX y a quien se puede clasificar como un precursor de todas las doctrinas jurídicas modernas [...]". Cf. GARDIOL, Ariel Alvarez**. Manual de filosofia do Direito**. p. 111.

[171] Vide capítulo anterior sobre a jurisprudência dos interesses na parte que trata das teorias precursoras do positivismo.

Tal abordagem aparece como reação a dois problemas. Por um lado vem a combater os excessos do jusnaturalismo – em contraposição ao qual o método histórico acaba por amenizar os exageros da razão. Por outro lado a jurisprudência conceitual[173], em contraposição à qual o método sociológico veio – além de para complementar o historicismo na tarefa de amenizar dos exageros da razão – a colocar a sociedade como centro de emanação do Direito e não os conceitos, que traziam uma conotação extremamente logicista para seu bojo.

A partir destas considerações, deve-se observar que a fundamentação da diferenciação entre Direito e moral feita por Jhering parte de duas características essenciais que permeiam o seu pensamento. Por um lado, a valoração da finalidade como causa da vontade[174], o que expressa a vinculação de sua teoria com os interesses. Por outro lado, a sua concepção histórico-social sobre a moral, concepção que se evidencia pela valorização dada à história e à sociedade na construção do senso moral.[175].

---

[172] Saliente-se sobre a vinculação com a escola histórica: "Vemos originalmente vinculado seu pensamento à escola histórica, de onde se dá o paradoxo de que sua violenta reação contra o dogmatismo do classicismo jusnaturalista o conduz a outra posição dogmática, que representa na Alemanha a reprodução do que a exegese havia significado na França" Cf. Gardiol, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito.** p. 111.

[173] Ihering fora adepto, em um primeiro momento, da jurisprudência dos conceitos. Em 1861 começa a sua elaboração da jurisprudência dos interesses. Cf. BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito.** p. 320. Ihering, ensina Gardiol[173], concebe a jurisprudência dos interesses, que se concretiza juntamente com outros teóricos como Philip Heck e Max Rümelin, a partir da definição do "método teleológico" a partir do conceito de direito subjetivo como "interesse juridicamente protegido". Cf. Gardiol, Ariel Alvarez. **Manual de filosofia do Direito.** p. 123 e sgs.

[174] Isto significa que "O homem age não em razão de um porque, mas para que" Cf. tomo I, p. 15. A lei da finalidade enuncia: "Nenhum querer – ou, o que vem a ser o mesmo – nenhuma ação sem finalidade". Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. p. 16.

[175] Assim, o dever é, para Jhering, a "destinação da pessoa aos fins da sociedade", sendo ele moral ou jurídico. Ele remete ao resultado a ser obtido com seu cumprimento. Trata-se de um conceito finalistico, diferente do conceito kantiano de dever pelo dever, conforme ressalta JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. Tomo II. p. 141. Nesta mesma esteira o conceito de virtude moral e justiça, que também são finalísticos, sendo aquela a aptidão para determinado fim e esta "adquire valor em razão e na medida em que constitua condição para o bem estar social". Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II, p. 138 e 142.

Neste sentido, “Toda a ordem moral universal[176] é um produto da história, ou seja, mais precisamente, da noção de finalidade, de atividade e trabalho incessantes da razão humana, que a cada necessidade que remedeia, a cada reclamo que satisfaz, produz apenas o solo sobre o qual ergue um novo reclamo, uma nova finalidade”.[177]

Esta noção de construção histórica do senso de dever surge em contraposição às teorias que consideravam a moralidade uma característica inata dos indivíduos juntamente com o egoísmo.

Com efeito, Jhering considera que apenas o egoísmo parte da natureza do homem e que o senso moral é produto da existência social. O homem, diz Jhering, nem sempre tem noção de seus interesses mediatos, que se relacionam à vida em comunidade. O homem que tem visão destes interesses é aquele que tem formação política – o Político de ampla visão – e, portanto, compreende que tem interesses mediatos, para além dos interesses imediatos que consistem em sua própria pessoa.

A existência da moral decorre exatamente a partir de uma transposição do egoísmo individual, que apenas preocupa-se com interesses imediatos, para a vida em sociedade. Isto significa que a moralidade é uma instância latente existente com o objetivo de viabilizar, assim como o Direito, a vida em sociedade. Sendo esta a finalidade da moral, ela sai de seu estado latente e se manifesta a partir do momento em que o egoísmo, enquanto senso de auto-conservação individual, não é capaz de proporcionar a convivência social.

“O egoísmo só alcança o nível da moral ao ganhar a percepção de que sua

---

[176] O que inclui o direito, já que aqui se trata da moral em sentido lato. Cf: JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. pg. 73.
[177] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II, p. 73

conservação individual é condicionada pela conservação social".[178] A moral é, portanto, um senso de valor[179] – relacionado à abnegação do eu porque visa o que é não egoístico –[180] socialmente determinado e que tem como escopo proporcionar a convivência social, o que se traduz no fornecimento de condições para a realização do bem estar dos indivíduos na sociedade.

A determinação específica do que significa o bem social só pode, contudo, ser estabelecida em cada momento histórico e de acordo com as condições específicas de cada sociedade. A teoria histórico-social manifesta-se exatamente neste momento, quando a determinação de uma moralidade é tida como uma construção histórica de descoberta de uma moralidade a partir de uma evolutiva transposição do egoísmo social. "A moral se apresenta apenas como evolução do egoísmo no âmbito da sociedade".[181]_A moralidade é, assim, uma constante descoberta histórica e depende, por outro lado, de condições específicas da sociedade.

O Direito, neste contexto, como parte de uma moralidade em sentido lato, também tem como fim a realização da possibilidade de convivência social, mas enquanto realiza este intento através da sanção estatal organizada, a moral o realiza através da coerção social.

"Assim como à lei jurídica corresponde a força coercitiva mecânica do Estado, à lei moral corresponde a força coercitiva psicológica da sociedade que se exerce pela opinião pública".[182]Ambas formas de coerção são complementares no

---

[178] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 123,
[179] Note-se que a moral pode ser referida a um sentimento, mas também a uma atitude.
[180] Embora preservem um senso de egoísmo social, que se relaciona aos interesses mediatos do indivíduo.
[181] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 122.
[182] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 113.

escopo de realizar a ordem social.[183]

Ambas estas instâncias são necessárias para a realização da convivência social. A moralidade, para além do Direito, porque não é possível que apenas um sistema coercitivo realize o controle do egoísmo dos indivíduos, já que este estaria em constante movimento para conseguir seus intentos ilícitos, de modo que aqueles atos que pudessem ser escondidos dos olhos do Direito, continuariam a ser realizados. A moral, assim, é uma forma de controle social necessária, quando os atos ilegais são realizados fora das vistas do jurídico.

Já a coerção jurídica, para além da moral, é necessária porque, como dito, nem todos os indivíduos reconhecem os interesses mediatos que têm, e portanto, precisariam de uma instância de imposição deles. Neste sentido, a lei é "a coligação dos homens perceptivos e de ampla visão contra os de pouco alcance",[184] ela é "uma arma imprescindível da inteligência contra a inépcia".[185] Ademais, a coerção é necessária porque há ainda, a possibilidade de má vontade, que sacrifica o interesse comum em prol de seu interesse imediato. Assim, a moral é considerada uma alavanca não egoística para a realização dos fins do Estado, enquanto a coerção é uma alavanca egoística.

Não obstante ambos, o Direito e moral, se originarem de uma moral em

---

[183] "O mérito da coerção mecânica do poder público se assenta na segurança de sua atuação – onde for oportuno, atinge o que deve atingir. Porém, nem sempre é oportuna, e é justamente em virtude desta circunstância que falamos de sua imperfeição. Ela é sobremodo lenta, acanhada para realizar a totalidade de normas cuja necessidade a sociedade reconhece. A coerção jurídica não consegue fazer de uma mulher uma autêntica mãe, o amor pelo filho não podendo ser forçado pela lei estatal, nem tampouco podendo sua maneira de exprimir-se ser prevista em parágrafos. Ainda que tal coisa possível fosse, não poderia a observância destes parágrafos ser controlada. O mérito da coerção psicológica, por outro lado, reside no fato de não precisar deter-se diante de nenhuma circunstância, penetrando, tal como o ar, em toda a parte, quer no íntimo da casa, quer nos degraus do trono, lugares em que a coerção mecânica negaria qualquer eficácia. Sua fraqueza está na insegurança de sua atuação, pois que ao julgamento moral da sociedade, à opinião pública, é possível oferecer resistência, o que não ocorre com o braço do Estado". Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 114.

[184] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p 371.

sentido lato e que tem como fim a convivência social, o Direito parte, em seu início, do egoísmo individual[186], enquanto a moral é a sua negação.

"O Direito não deve à convicção ética de sua magnitude e majestade o lugar que assume no mundo hodierno. Não, esse é o resultado final de um longo processo evolutivo, mas não o seu começo. O começo é o nu egoísmo que somente no decorrer do tempo cedeu lugar à idéia de lei moral e atitude moral".[187]

Também o conceito de justiça assume significados diferentes conforme se trate do direito ou da moral. A justiça do Direito, que remete a uma atitude do Juiz, é realizada no momento em que ele aplica a lei. O juiz "não é responsável pelas injustiças da própria lei: estas são capitalizadas para o legislador".[188]

Com efeito, a realização da justiça em sentido moral é tarefa que cabe ao legislador, que deve buscar o justo para realizá-lo na lei. Neste mesmo sentido, pode-se encontrar a relação da justiça com a igualdade.

> A finalidade prática da justiça é gerar a igualdade; a justiça material produzindo a igualdade intrínseca, i. é, o equilíbrio entre o mérito e a recompensa, entre a pena e a culpa; a justiça formal estabelecendo a igualdade exterior, i é, a simetria na aplicação, em todos os casos, das normas vigentes. A perseguição da primeira tarefa é, no Estado, da competência do legislador. Ele pode, porém, onde a situação permitir e requerer, determinar ao juiz que aplique ele mesmo aquele critério do equilíbrio interno, quando, então, este adquire para o último, o caráter de

---

[185] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 372.
[186] O Direito decorre da necessidade egoística de unir seus dois elementos, a norma e a força. Em primeiro momento na história, isto se dá com a prevalência da força de modo que o desconhecimento do critério moral para apreciação do absurdo de determinadas monstruosidades históricas ali existentes era estranho aos indivíduos. Assim, com intuito de "por fim à indomabilidade humana e educá-la para a vida em comunidade", ocorria a "emanação do direito a partir do poder que, em seu próprio interesse, se auto-limita através da norma". O direito servia, neste sentido, como acessório da força, como mecanismo de transforma-la na força correta. Apenas com o desenvolvimento da sociedade e a conseqüente formação do Estado é que a norma, gerada pela comunhão de interesses de todos, passa a sobrepor-se á força, que é tida como a força da união dos indivíduos contra a força de um indivíduo. Assim, ocorre a preponderância dos interesses comuns sobre o interesse individual. É no Estado, enquanto ente organizador da coação social, que esta é regulada e disciplinada pelo Direito." A moral, neste contexto, aparece apenas em segundo momento, em primeiro lugar vem o egoísmo. Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 174, 178 e sgs.
[187] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 173.
[188] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 247.

> obrigatoriedade formal. A tarefa do juiz [189]absorve-se no cumprimento da segunda missão (a justiça) (sic)[190]

Ademais, e neste contexto, o Direito é tido como variável em seu conteúdo, embora a sua forma, que inclui a coação e a norma, permanece sempre a mesma, em todos os tempos e lugares. "Fé, superstição, brutalidade e civilização, sede de vingança e amor, crueldade e humanitarismo, e o que, ainda deverei mencionar? – tudo tem sido receptado de bom grado pelo direito, que parece irresistente a todas as influências que forem suficientemente poderosas para torná-lo útil, moldá-lo, sem uma postura interior própria e segura".[191]

O poder do Direito faz com que, ainda que erradas, determinadas afirmações devam ser obedecidas. O fato é que o critério da verdade é inadequado para o Direito, já que serve para a determinação do conhecimento, mas não da conduta, que se pauta segundo a finalidade. Melhor lhe cabe, assim, o critério da correção, da conveniência.

Tendo relação com a finalidade que o Direito esteja a perseguir, será correta a vontade que atue de acordo com ela. "A correção assinala a consonância da vontade com aquilo que deve ser, ao passo que a verdade significa consonância com aquilo que é"[192] Trata-se de um critério relativo de acordo com as circunstancias, e não absoluto como a verdade.[193]

---

[189] Bem como a moral.
[190] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 248.
[191] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 289.
[192] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 291
[193] Na moral, tal relatividade também se evidencia no que Jhering chama de a oposição fundamental que coincide com a entre moral/imoral, qual seja, o bem e o mal, com a diferença de que aquela distinção localizar-se no sentido interior do ato, no sentimento subjetivo do qual se derivou, enquanto esta oposição localiza-se no elemento objetivo, ou seja, no efeito produzido.. Neste sentido, a distinção entre o bem e o mal não é imanente às coisas; pelo contrário, resulta apenas da relação das coisas e dos atos com os fins do ser humano, contendo um juízo de finalidade. Bom, do ponto de vista do indivíduo, é o que atende aos seus objetivos. Bom, no sentido social, ou seja, moral, é o que se evidenciou, pela experiência, profícuo aos objetivos da sociedade, e ruim, ou mau, ao revés, o que se verificou impeditivo ou nefasto a eles. As coisas em si, não são nem boas nem más. É a aplicação

Note-se que a finalidade do Direito é assegurar as condições vitais da sociedade que se configuram na existência física e no bem estar. Este reflete "todos aqueles bens e gozos que, conforme o modo de pensar do sujeito[194], emprestam à vida seu verdadeiro valor".[195]

O Direito e a moral tem a finalidade de realizar os interesses mediatos dos indivíduos, consistentes na viabilização da vida social. Visa o bem comum, conceito que muda historicamente e de acordo com as condições concretas e que pode ser observado pelos homens de ampla visão. A moral não é egoística embora o Direito tenha assim nascido. Somente com o tempo o Direito adquiriu convicção ética. No Direito a responsabilidade pela justiça da lei é do legislador, cabe ao juiz aplicar a justiça formal, salvo se o legislador lhe atribuir competência pra a outra justiça. O Direito se impõe pela coação social via sanção estatal organizada, enquanto a moral pela coação social decorrente da opinião pública.

Aqui a moral que se tem é uma moral não relativa no sentido kelseniano porque pode ter um conteúdo ético relevante, não obstante seja variável historicamente e de acordo com as condições sociais.

1.2.3 Hart:

Hart (1907-1994) parte de um modelo de Direito menos vinculado à lei e

---

a nossos objetivos que conforma o critério de determinação de sua qualidade" Cf. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 133. No mesmo sentido, "A teoria histórica da moral assenta no reconhecimento da relatividade da moral, ou, para retornar à distinção anteriormente desenvolvida, no conhecimento de que não é a verdade, mas, antes, a correção, ou seja, o que é adequado aos fins práticos do convívio, que constitui o critério da moral." JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo II. p. 78.

[194] Note-se que o sujeito final do direito é a sociedade e não o indivíduo, embora dentro da sociedade estejam os sujeitos especiais do direito que são o indivíduo, o Estado, a igreja e as associações.

[195] JHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito.** Tomo I. p. 295.

mais à atuação dos juízes, isto em virtude da ligação com o modelo de direito de descendência inglesa. Liga-se ao positivismo, mas

> não na perspectiva legalista estrita, comprometida com os aspectos sintáticos e semânticos da linguagem jurídica, mas com sua perspectiva pragmática, privilegiando, não propriamente o texto retórico aparentemente, mas o papel do intérprete julgador e os usos e funções institucionais da linguagem [...] Os seus estudos [...] não estão determinados por preocupações voltadas para a estruturação formal da ordem juridica, como fizera Hans Kelsen, mas para a lógica de seu conhecimento externo (hermenêutica) [...]. [196]

Hart adota a postura do realismo jurídico, doutrina que, segundo Bobbio[197] considera o Direito como o conjunto de regras que são eficazes na sociedade. Faz parte do movimento positivista em sentido amplo, diferenciando-se em sentido estrito já que neste o Direito é determinado pelo conceito de validade e não pela eficácia das normas, conceitos estes que ligam-se á questão das fontes do Direito. Hart vai buscar esta eficácia não no comportamento dos cidadãos, mas no dos juzes.

Assim, continua Bobbio, é a partir da observação de qual fonte os juízes atuam como a fonte do Direito é que ir-se-á determinar qual é o Direito. Neste sentido, enquanto o positivistas acreditam que o Direito é aquele aplicado pelo legislador, os realistas acreditam que é o aplicado pelo juiz.

O posicionamento teórico de Hart sobre o Direito parte de uma crítica a construção de Austin, baseada na idéia de que o Direito existe a partir de ordens de um soberano baseadas em ameaças e obedecidas com habitualidade[198]. A partir

---

[196] BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à teoria do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 66.
[197] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 142 e sgs.
[198] Hart resume as falhas da teoria de Austin da seguinte maneira: “Em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal, que proíbe ou prescreve certas acções sob cominação de pena, se assemelhe mais, a ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente àqueles que a criam e não apenas aos outros. Em segundo lugar, há outras variedades de direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens no seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhes dá existência. Finalmente, a análise

desta concepção. Hart visa encontrar o ponto de diferenciação do Direito moderno, caracterizando o mundo jurídico. Sua teorização desemboca na diferenciação entre regras primárias e secundárias.

Aquelas são as regras de substância que determinam as condutas que devem ser realizadas pelo indivíduo; já estas são regras que se direcionam a combater três problemas dos ordenamentos jurídico de estruturas sociais simples – que Hart chama de mundo pré-jurídico, compostas apenas pelas regras primárias – quais sejam os problemas: a incerteza sobre quais as regras que fazem parte do ordenamento jurídico; o caráter estático das regras já que estas só serão alteradas de acordo com um processo social natural, não podendo ser alteradas deliberadamente; e a ineficácia das formas de pressão social que fica a cargo dos ofendidos ou ao grupo em geral.

Diante destes defeitos dos ordenamentos simples, Hart propõe que a existência de regras para além das primárias é o que caracteriza os ordenamentos modernos e que os possibilita a identificação. As regras secundárias, de reconhecimento, alteração e julgamento é que realizam este papel. Elas "asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a as aplicação"[199]

A regra de reconhecimento é aquela que é utilizada para a determinação de quais as regras primárias de obrigação. Ela "especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como indicação afirmativa e concludente

---

do direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limitações jurídicas foi incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo de um Estado moderno." Cf HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 2001. p. 89 e sgs.

de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce".[200]

Ela é uma regra última que "faculta um conjunto de critérios de validade, um dos quais é supremo."[201] Esta regra é suprema porque não é válida ou inválida, apenas aceite.

A regra de reconhecimento, por determinar quais os critérios de validade de uma norma jurídica pode ser tida como a mais importante para este trabalho, já que é ela que acaba por identificar quais os critérios que fazem com que o Direito seja Direito. Note-se que é aqui que justamente está a questão do trabalho porque considerando-se o Direito atual determinado por uma regra de reconhecimento insere-se o procedimento que inclui a vontade humana como determinante do que é o Direito. (note-se que a vontade humana pode ser um critério derivado de uma norma substancial, mas este é justamente o procedimento, qual seja, a escolha da norma substancial insere a vontade humana no Direito).

As regras de alteração por sua vez, caracterizam-se como as regras que poderão determinar, de acordo com o sistema jurídico em que esteja inserida, desde quais as pessoas podem legislar até quais os procedimentos que devem ser utilizados neste mister. Já as regras de julgamento são aquelas que "dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes á questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada a regra primária"[202] Tais regras poderão determinar o indivíduo que detém este poder, bem como o procedimento que deve ser utilizado por ele.

---

[199] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 91.
[200] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p 104.
[201] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 118.
[202] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 106.

A partir da constatação de que o mundo jurídico, diferentemente do pré-jurídico que era composto apenas de regras primárias, impõe a necessidade de regras secundárias é que Hart irá estabelecer a diferenciação entre Direito e Moral, isto devido ao grande poder explicativo que ele atribui a estas regras.

Para Hart, a forma mais visível de conexão necessária entre Direito e Moral ocorre no Direito natural. Na tradição tomista, segundo Hart, eles implicam duas afirmações: primeiramente que há princípios de verdade moral ou de justiça que podem ser descobertos pela razão sem revelação, ainda que tenham origem divina; em segundo lugar que as leis dos homens que contrariam tais princípios não são Direito válido. Isto significa que lei injusta não é lei.

Na verdade, esclarece Hart, a justiça é apenas um padrão de observação moral, um padrão específico diferente da simples análise sobre o bom e o mau, relacionada no que concerne ao Direito, com o conceito de equidade, sendo que a lei pode ser analisada tanto em termos de justiça quanto de acordo com outras formas de apreciação moral.

Para Hart, "a justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratados classes de indivíduos"[203], o que dá especial importância para a justiça enquanto instância de crítica do Direito e de outras instituições sociais. A moral diferente da justiça, por sua vez, também exerce sua crítica, sendo que para se estabelecer uma obrigação moral há a dificuldade resultante da textura aberta das normas morais, bem como aquela decorrente da discordância sobre o estatuto da moral, se é por exemplo, composta por princípios imutáveis ou não.

As regras morais, independentemente destas diferenças, contém algumas

características comuns, independentemente da vertente de defesa. Tais características, ressalta Hart, são em certo sentido formais, já que não se referem diretamente a nenhum conteúdo ou finalidade que as regras morais devem ter para caracterizar-se.

O primeiro aspecto é com relação à importância das regras. Tal importância se mede pela sua negação diante de interesses pessoais, pela pressão para o seu cumprimento e os ensinamentos para que ela perdure, e ainda na aceitação de que a sua falta causaria mudanças na vida dos indivíduos. Nestes sentidos, a importância das regras diante da sociedade é mais importante para as morais do que para as jurídicas, já que estas, independentemente da importância neste sentido, podem até mesmo ser revogadas. A importância atribuída à observância e violação das regras morais, diante disso, a partir do momento em que desaparece, o estatuto de regras morais também desaparece.

Outra questão importante no que concerne às regras morais é que elas não podem ser criadas, alteradas ou eliminadas por ato legislativo intencional, como podem as jurídicas. Tal critério, porém, não diferencia a moral de outras formas de regulação social.

Um terceiro aspecto é o caráter voluntário dos delitos morais. Estes aspectos, segundo Hart, são representados de forma infiel, em parte, pela diferenciação entre Direito e moral através da diferença entre comportamentos externos e internos. Não obstante, deve-se admitir, alerta Hart, que enquanto para o Direito, nem sempre é relevante se a conduta foi inevitável, no plano moral tal abordagem é sempre relevante. Mas a pretensão de que a moral não exige comportamentos externos decorre de uma confusão entre a idéia de desculpa e a de

---

[203] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 182.

justificação.

Isso implica que “este aspecto do carácter interno da moral não signifique que a moral não seja uma forma de controlo da conduta exterior, mas tão somente que é uma condição necessária de responsabilidade moral que o indivíduo deva ter um certo tipo de controlo sobre a sua conduta. Mesmo na moral há uma diferença entre a frase <<ele não procedeu mal>> e a frase <<não pôde evitar fazer o que ele fez>>.”[204]

Esta segunda frase reflete justamente a desculpa cuja inexistência é necessária para a responsabilização moral. Já na responsabilidade jurídica, não necessariamente a responsabilidade pela conduta se exclui havendo a desculpa.

Por fim, um último aspecto comum aos diversos conceitos morais reside na forma de pressão moral. Tal aspecto também contribui com a noção de que a moral se preocupa com o que é interno. Na verdade na moral “ a forma típica de pressão consiste em apelos ao respeito pelas regras como realidades importantes em si mesmas, o que se presume ser partilhado pelos respectivos destinatários. Assim, a pressão moral é exercida de forma característica, embora não exclusiva, não através de ameaças ou de apelos ao medo ou ao interesse, mas sim através da lembrança da natureza moral da acção encarada e das exigências da moral <<Isso seria mentir>>, <<isso seria violar a tua promessa>>.”[205]

Após esta diferenciação formal, Hart apresenta uma construção a partir de truísmos mostrando que em cada um deles – partindo do pressuposto que a sobrevivência humana é uma finalidade – se oferece uma razão para constatar que Direito e Moral deveriam incluir um conteúdo específico. Isto porque “sem um tal

---

[204] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 194, 195.
[205] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 195.

conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo de sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros".[206] Com efeito, sem tal conteúdo os homens não teriam razões para obedecer de forma voluntária a tais regras e sem isso não seria possível a coerção daqueles que com elas não se conformassem.

Note-se que a conexão entre os fatos naturais e o conteúdo das regras decorre de uma construção racional, já que outras poderiam ser feitas, que relaciona as regras com a finalidade consciente daqueles a quem as regras se aplicam.

Os truísmos são os seguintes: a vulerabilidade humana, a igualdade aproximada, o altruísmo limitado, os recursos limitados e a compreensão e força de vontade limitados. Note-se que tais truísmos revelam o que Hart chama de "núcleo de bom senso das teorias de Direito natural"[207] e enfatiza que eles mostram a inadequação dos conceitos de Direito e moral construídos apenas de acordo com categorias formais, prescindindo de referência a conteúdos ou necessidades sociais.

A vulnerabilidade humana refere-se ao fato de que os homens são simultaneamente levados a ataques físicos e são vulneráveis a eles. Caso não existisse tal vulnerabilidade seria desnecessário o preceito jurídico e moral que proíbe o homicídio.

A igualdade aproximada refere-se ao fato de que não há um indivíduo muito mais poderoso que o outro com a capacidade de subjugar o outro sem ajuda e por um período longo, já que até o mais forte precisa dormir. O que torna necessário um sistema de abstenções mútuas que está na base do Direito e da moral.

O altruísmo limitado consiste no fato de que os homens não são nem anjos,

---

[206] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 209.
[207] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 215.

caso em que as regras seriam desnecessárias, nem demônios, caso em que seriam insuficientes, mas tem uma capacidade de agressividade que pode ser prejudicial à vida social se não controlada.

Os recursos limitados decorrem do fato de que as necessidades são maiores que os recursos necessários para supri-los, o que implica a exigência de regras dinâmicas que permitam a transferência de produtos, gerando uma forma de confiança mínima sobre o comportamento dos outros, assegurando a previsibilidade necessária para a cooperação entre os indivíduos.

Por fim, a compreensão e força de vontade limitados refletem o fato de que nem todos partilham igualmente a compreensão dos interesses a longo prazo mas apenas seus interesses imediatos, bem como nem todos tem boa vontade e retidão com relação a esta compreensão.

Assim, à tese positivista de que o Direito pode ter qualquer conteúdo Hart responde: "Aquilo que torna as sanções não só possíveis, como necessárias um sistema interno, é uma necessidade natural e uma tal frase é necessária também para tornar compreensível o estatuto das formas mínimas de proteção das pessoas, da propriedade e dos compromissos, os quais são aspectos igualmente indispensáveis do direito interno."[208]

As relações entre Direito e moral em primeiro momento refletem o conteúdo mínimo do Direito natural, abarcado por estes truísmos. Não obstante, o Direito, caracterizado pela existência das normas secundárias, traz um problema que antes não tinha: "o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a opressão dum número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode

---

[208] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 215.

passar, de um modo que o regime mais simples das regras primárias não podia."[209]

A primeira forma de relação entre Direito e moral decorrente deste fato é que não há necessidade da existência de uma vinculação a um juízo moral para haver vinculação jurídica, seja com relação a possibilidade de diversas pessoas serem coagidas por leis que não são moralmente vinculativas, seja com relação à desnecessidade de que aqueles que voluntariamente obedecem o sistema de estarem vinculados moralmente à sua aceitação. Assim, não é necessária existência de obrigação moral para existir obrigação jurídica.

O segundo aspecto diz respeito à influência da moral sobre o Direito. Neste sentido deve ser admitida a conexão entre Direito e moral. Isto porque o Direito de muitos Estados modernos sofre a influência seja da moral socialmente aceite, seja de ideais morais mais vastos que nele incorporam-se seja abruptamente pela legislação, seja de forma mais sutil, pelo processo judicial.

O terceiro aspecto refere-se à interpretação, ficando evidente que na atuação de fato do judiciário, muitas influências morais tem tido lugar em virtude da textura aberta do Direito.

No que concerne à crítica do Direito, a relação entre Direito e moral também é possível, embora hajam divergências quanto aos padrões morais adequados e quanto aos pontos de conformidade exigidos. Não se pode esquecer, contudo,que o Direito já sobreviveu sem a observação de princípios de justiça.

1.2.4 Bobbio:

Nornerto Bobbio (1909-2003) é filósofo do Direito, tendo dissertado nas mais

---

[209] HART, H. L. **O conceito de Direito**. p. 218.

diferentes áreas entre o Direito e a Política. Pertence à Escola Analítica Italiana[210], ainda que, segundo Tércio Sampaio Ferraz[211], não se possa facilmente incluí-lo nesta corrente.

Assume uma postura positivista de linha kelseniana, ainda que proponha inovações, como a aferição da cientificidade do Direito a partir do rigor da linguagem.

Acredita, ainda, que a Filosofia deve deixar a pretensão de buscar fundamentos últimos ou naturais para seu fundamento, devendo ser "a teoria da justiça de natureza ideológica, fundada em um 'sistema de valores' coerentes e homogêneos, representativos de determinado momento histórico, do complexo de critérios gerais da ação e da estimação do homem operante em uma dada situação histórica."[212]Aqui fica evidenciada a sua crença na historicidade dos valores.

Neste sentido cabe observar que para Bobbio, o objeto do estudo do jurista são as proposições normativas. E que a sua verdade não remete à sua verificação empírica, mas a sua correspondência com determinados princípios éticos acolhidos pela sociedade como critérios regulativos.

No que concerne à determinação da juridicidade do Direito, Norberto Bobbio vai além da norma jurídica, ao conceito de ordenamento jurídico, visto que considera que as normas jurídicas nunca existem isoladamente. Para Bobbio se faz necessário observar "o modo pelo qual uma determinada norma do sistema se faz eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exerce-la e a sua execução".[213]

Esta definição do Direito através do ordenamento se dá pela constatação de

---

[210] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1997. p. 5.
[211] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. p. 5.
[212] GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

que as tentativas de definir o Direito pela norma ou não deram certo ou acabaram remetendo ao conceito de ordenamento. Assim, para Bobbio, a norma jurídica é aquela "cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada". O Direito, portanto, depende de uma organização, isto significa, um completo sistema normativo. Bobbio esclarece: "Definir o Direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas."[214]

Note-se que:

> quando se diz que o ordenamento jurídico é um ordenamento coativo, caracterizado pela existência de normas que regulam o exercício da força, se quer dizer [...] que o ordenamento jurídico estabelece as condições (normas materiais) com base nas quais a intervenção da força passa a ser lícita e as formalidades (normas processuais) pelas quais esta intervenção deve exercer-se.[215]

Para Bobbio o que determina a validade de uma norma, isto é, o seu pertencimento ao sistema jurídico, são precisamente as normas para identificação das normas do sistema. De acordo com a evolução do sistema, vão se observando três tipos de normas de identificação: Primeiramente as normas sobre as fontes, isto é, aquelas que determinam quais os fatos ou atos são capazes de determinar as normas do sistema. Em segundo lugar as normas de validez no tempo e espaço, que irão determinar os limites espaço-temporais de validade da norma. Por fim, as normas de interpretação das normas pertencentes ao sistema conforme determinado pelos critérios anteriores, estas normas permitem escolher entre os diversos significados possíveis de uma norma, exemplo de tal regra é aquela sobre a

---

[213] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. p. 22.
[214] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 27.
[215] "[...] cuando se dice que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo, caracterizado por la existencia de normas que regulan el ejercicio de la fuerza, se quiere decir, [...] que el ordenamiento jurídico establece las condiciones (normas materiales) en base a las cuales la intervención de la fuerza pasa a ser lícita y las formalidades (normas procesales) con las que esta intervención debe ejercerse". BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 347.

analogia.

> A vantagem de estabelecer as características do ordenamento em seu conjunto ao invés das da norma em particular, está em que depois de ter estabelecido as características do ordenamento jurídico em seu conjunto, para estabelecer se uma determinada norma é ou não é uma norma jurídica basta demonstrar seu pertencimento ao sistema mediante o chamado critério de validade. Em outras palavras, uma vez fixado o critério para distinguir um ordenamento jurídico dos demais ordenamentos não jurídicos as normas particulares, para ser consideradas jurídicas não precisam de outro requisito senão o de pertencer ao sistema. [216]

Ensina Bobbio que o sistema jurídico é um sistema complexo, isto é um sistema que possui normas primárias e de identificação do sistema que são prévias à formação do sistema – próprias dos sistemas que chama simples; mas também normas de segundo grau, isto é, normas relativas a normas (normas sobre sanção, que tem a função de conservar o ordenamento contra a sua destruição por inobservância; e normas de produção jurídica, que tem como função viabilizar a transformação do ordenamento jurídico) – que juntamente com as normas primárias formam os sistemas semi-complexos. A diferença entre os sistemas complexos e semi complexos é que enquanto naqueles há os dois tipos de normas de segundo grau, nestes há apenas um ou outro.

A diferença entre um sistema normativo simples e um complexo, complementa Bobbio, está no fato de que naquele a transformação e conservação do sistema estão confiados ao próprio grupo social, enquanto naquele estão confiados a estes órgãos, como é caso do juiz e do legislador.

Para além desta consideração do Direito a partir do ordenamento, Bobbio se manifesta com relação à cientificidade do Direito que deve ser buscada no rigor da

---

[216] "La ventaja de establecer las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, en lugar de las normas en particular, está en que después de haber establecido las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, para establecer si una norma es o no es una norma jurídica basta demostrar su pertinencia al sistema mediante o chamado criterio de validez. En otras palabras, una vez fijado el criterio para distinguir un ordenamiento jurídico de los demás no jurídicos, las normas particulares, para ser consideradas jurídicas, no precisan más requisito que el de pertenecer al sistema" Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 345.

linguagem. Ensina Bobbio que as investigações que pretendam valer como ciência devem ter uma parte constitutiva e uma crítica. Aquela se dirige ou a fatos da experiência – ciência empírica – ou ao elemento formal do universo a investigar – ciência formal.

A jurisprudência possui apenas a vertente crítica do estudo, que visa a construção de uma linguagem rigorosa, através da qual o estudo adquire valor de ciência. Ambas partes, a constitutiva e a crítica, são geralmente componentes das ciências, o que ocorre, como visto, de forma diferente com a jurisprudência. Assim, se converte em ciência quando transforma o discurso legislativo em um discurso rigoroso. Esta parte crítica, ensina Bobbio, é chamada análise da linguagem.

O jurista, enquanto portador da tarefa de interpretação da lei, sendo esta a análise da linguagem do legislador, é quem constrói o Direito.

Para Bobbio, a jurisprudência se desenvolve em três fases, entendendo-se por jurisprudência "a análise lingüística que tem por objeto as proposições normativas de um determinado ordenamento jurídico"[217]:

> "a) A linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa: a primeira tarefa do jurista é torna-la mais rigorosa; b) a linguagem do legislador não é necessariamente completa: a segunda tarefa do jurista é completá-la ao máximo possível; c) a linguagem do legislador não é necessariamente ordenada: a terceira tarefa do jurista é reduzi-la a sistema"[218]

Estas três fases são denominadas respectivamente: fase de purificação, integração e ordenação. Isto ao menos nos sistemas de monopólio do sistema legislativo, em que existe diferença entre o trabalho do legislador e do juiz, bem como entre o do juiz, que aplica a lei e o do jurista, que a interpreta.

---

[217] "el análisis lingüístico que tiene por objeto a las proposiciones normativas de un determinado ordenamiento jurídico." Cf. BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 187-188.

[218] "*a)* la lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera tarea del jurista es hacerlo mas riguroso; *b)* la lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; *c)* el lenguaje del legislador no esta necesariamente ordenado:

1.2.5 Reale:

Miguel Reale (1919 -) é filósofo e jurista, brasileiro,

> "desenvolveu a 'teoria tridimensional do Direito'(1968), segundo a qual o conteúdo do Direito é determinado por três fases: o fato (a realidade social existente), o valor (a relevância social de determinadas condutas) e a norma (a regulamentação impositiva do comportamento). Assim, descreve o processo de gênese do Direito Positivo: o jurista, diante do fato social, valora-o, produzindo a norma. Filia-se à escola realista, na medida em que o valor nao supõe um substrato imutável ligado à natureza humana, mas varia segundo o costume" [219]

Para diferenciar Direito e Moral, Miguel Reale, após uma observação das análises históricas sobre o tema, infere que as características atribuídas ao Direito para tal diferenciação, nada mais são do que corolários de uma outra característica sua essencial: a bilateralidade atributiva.

A "bilateralidade atributiva é uma relação objetiva que, ligando entre si dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões ou competências".[220]

Ao destrinçar este conceito, resultam os elementos característicos do Direito. A bilateralidade, que consiste em característica inerente à personalidade social dos indivíduos, estabelece a relação do indivíduo com a alteridade, havendo, segundo Reale, duas formas de sua manifestação. Por um lado, evidencia-se como instância valorativa existente na pessoa do agente como medida do ato e tem uma dimensão propriamente moral e subjetiva.

Por outro ângulo, contemplado na configuração do Direito, a bilateralidade reflete uma relação cuja validade depende de sua coordenação objetiva. Note-se

---

la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema". Cf BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho**. p. 188.

[219] MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Manual Esquemático de História da Filosofia**. 2 ed. São Paulo: LTr, [199?]. p. 358.

[220] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** p. 692.

que a bilateralidade tem como centro as pessoas e não bens, por exemplo. Há um nexo comum do indivíduo e do alter que permite que sejam possíveis ou não pretensões recíprocas. E é justamente neste contexto que se caracteriza a atributividade da bilateralidade. Ela é atributiva, na medida em que "como uma pessoa nunca pode ser juridicamente um meio ou instrumento de outra, torna-se necessário que, no ato mesmo em que se a declara vinculada a alguém para algo, algo lhe seja também reconhecido ou conferido, ficando assim disciplinados a exigibilidade e o exercício do vínculo constituído."[221]

Da atributividade, portanto, decorre a exigibilidade da conduta, e desta, a coercibilidade, existente no Direito em virtude de sua inerente possibilidade de violação. Trata-se aqui de coercibilidade e não coercitividade, visto que a coação é uma possibilidade e não um fato inescapável para a consecução da aplicação de cada uma das normas jurídicas. Neste sentido, a bilateralidade atributiva garante pretensões e competências. Garante a certeza e a segurança como instrumentos práticos da ação.

Para além disso, a característica da reciprocidade, i. é, "paridade entre mútuas pretensões"[222] ou não do vinculo, depende da caracterização da relação como contratual ou institucional, já que apenas naquela ela se configura. Reale prolonga o conceito de relação jurídica para abarcar relações não contratuais e assim insere o âmbito relacional institucional que pode se caracterizar por coordenação, subordinação ou integração.[223]

Da natureza objetiva do vínculo, a sua vez, resulta a exclusão da

---

[221] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** p. 693.
[222] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 697.
[223] Como exemplos Reale aponta: de coordenação: a relação entre os sócios de uma sociedade anônima; por subordinação, a relação entre o Fisco e o contribuinte e por integração, a relação entre marido e mulher. Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito** p. 698.

importância do querer individual. A objetividade, por si, tem um valor próprio, que consiste justamente na interação de valores histórico-culturais. O Direito, enquanto momento de justiça, desponta com conteúdo ético, que se estabelece através da realização de valores da convivência concreta da comunidade e da constante atualização da justiça conforme os valores a fim de possibilitar a afirmação de cada indivíduo segundo a sua virtude.

Há, nesta perspectiva, uma confluência dos valores do indivíduo e da sociedade. A qualificação jurídica, neste sentido, exige, por um lado, a realização dos valores da convivência, sendo assim o Direito um instrumento para a convivência social. O enlace objetivo que caracteriza esta dimensão "é um nexo que se orienta para uma vinculação externa das vontades em uma ordem firme de validez geral, mercê da qual resultam determinadas as esferas de poder dos indivíduos em suas relações recíprocas, com o mundo das coisas e com a vontade comum".[224]

Por outro lado, a qualificação jurídica exige "atribuição necessária das esferas autônomas de ser e de agir aos indivíduos e aos grupos, dada a polaridade dos dois termos a que o Direito deve atender simultaneamente, ou seja, da pessoa e da sociedade, ambos se exigindo reciprocamente, pois só se é pessoa como partícipe de um viver comum (convivência) e só há sociedade entre pessoas"[225]

Estas duas instâncias traduzem a dimensão axiológica do Direito que localiza no espírito um lugar para obrigação transubjetiva. É no Direito que se realiza a intersubjetividade do espírito, o que remete a seu caráter objetivo, livre das concepções subjetivas variáveis.

---

[224] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p 701.
[225] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p 702.

O Direito, assim, reunindo em seu conceito fato, norma e valor, consiste em uma "realidade espiritual na qual e pela qual se concretizam historicamente valores, ordenando-se as relações intersubjetivas consoante exigências complementares dos indivíduos e do todo social."[226], ou ainda, em uma "realidade histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo os valores da convivência"[227]

Após realizada esta desconstrução do conceito de bilateralidade atributiva, cabe esclarecer como daí resultam as diferenças essenciais entre Direito e moral, geralmente tratadas na doutrina, segundo Reale, a partir do que para ele são meros corolários da bilateralidade atributiva.

> "Neste sentido: A bilateralidade atributiva, por nós apontada como nota essencial do Direito, põe bem em relevo a sua radical eticidade, por ser especificação da bilateralidade inerente à vida do espírito, não sendo mais que seus corolários aquelas qualidades, como a exterioridade ou a coação, que as conjunturas políticas ou a fisionomia ideológica das diversas épocas consideram notas primordiais da realidade jurídica"[228]

São corolários da bilateralidade atributiva o caráter heterônomo do Direito, já que este não se fundamenta em si, mas em valores de outro sistema. A moral, a seu turno, é autônoma, já que os valores que esta compõem podem ser considerados por si mesmo justificáveis, nos termos da elaboração de Kant, já explicitada. Neste sentido, no Direito, pode "dar-se o caso de uma conduta jurídica em conflito com os motivos reais da norma cumprida 'exteriormente'. Daí dizer-se que o Direito é heterônomo"[229]. [230]

Isto porque o Direito não decorre necessariamente daquilo que é inerente a cada indivíduo como são os valores morais. Não obstante seja possível "haver o

---

[226] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p 699
[227] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 699.
[228] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 711.
[229] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 662.
[230] A heteronomia do Direito, portanto, implica a falta de importância das motivações internas da conduta, de modo que em uma conduta conforme o Direito não importa se os motivos para ela foram realmente os que a norma previu.

cumprimento da regra jurídica com plena correspondência entre 'vontade da lei' e 'vontade do obrigado'. [231] Esta caracterização do Direito como heteronomia não determina uma contradição inevitável entre Direito e moral porque "ao Direito basta o cumprimento da pena, mas são sempre razões morais que legitimam a sua aplicação"[232]

Outro corolário da bilateralidade atributiva é a exigibilidade, que conexa á coercibilidade gera a certeza da relação atributiva. A coercibilidade, note-se, tem força ética na medida em que ao forçar a realização da conduta ou punir a violação irremediável, promove a realização da harmonização do "eu" com o "alter", o que caracteriza a base da juridicidade.

Da mesma forma é corolário da bilateralidade atributiva a predeterminação formal do Direito. Isso significa que se "situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente feita pela sociedade, escolha essa revelada através de um complexo sistema de modelos".[233] Esta predeterminação, ausente no mundo moral, utiliza-se ainda de órgãos, como o poder jurisdicional, para a sua efetivação. Exige-se deste poder, em conseqüência, que não pode ser ao mesmo tempo juiz e legislador.

Por fim, saliente-se que, segundo Reale, a plenitude de um sistema se aufere de seu todo e não a partir de cada uma de suas normas, bem como não se espera que tal sistema resolva-se pela simples explicações lógico-dedutivas.

Conforme quadro comparativo[234] construído por Reale, as diferenças entre moral e Direito se dividem em três categorias classificatórias. Quanto à natureza do ato, a moral é bilateral; e visa mais à intenção, partindo da exteriorização do ato. Já

---

[231] Essa última observação decorre de um sentido derivado adquirido pelas expressões autonomia e heteronomia com o tempo, como respectivamente, aquelas normas que decorrem ou não da vontade do indivíduo.
[232] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 661.
[233] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 709

o Direito é bilateral atributivo e visa mais o ato exteriorizado, partindo da intenção.

A questão da exterioridade ou interioridade do ato para caracterização da diferença entre Direito e moral é explicitada por Reale de modo a emendar a interpretação que parece deturpar o pensamento originário de Thomasius e Kant. Enfatiza que se trata de uma questão teleológica já que enquanto o moralista visa de maneira final a intenção, o jurista visa o ato, a exteriorização.

Reale complementa com uma diferenciação entre imputabilidade jurídica e moral.

> A dignidade da conduta moral resulta do valor ou da pureza da intenção, segundo motivos congruentes com o conteúdo dos imperativos: envolvem, por conseguinte, uma correlação harmônica entre a consciência do sujeito e as normas com que se identifica. No plano do Direito, porém, não se estabelece a imputabilidade através da relação entre a intenção e a norma, mas sim, através da relação entre o ato e a norma jurídica.[235]

Isso não implica, conforme Reale esclarece, que ao Direito não possa importar o juízo da consciência do agente.

Continuando a classificação para diferença entre Direito e Moral, esclarece Reale que segundo a forma do ato; a Moral nunca é heterônoma, é incoercível e não apresenta igual predeterminação tipológica, enquanto o Direito pode ser heterônomo, é coercível e especificadamente predeterminado e certo, assim como objetivamente certificável.

Por fim, considerando-se que já foram desenvolvidos, separadamente alhures, os critérios da classificação anterior, cabe apontar a diferenciação de Reale com relação ao objeto ou conteúdo do ato. Neste sentido, a Moral visa de maneira imediata e prevalecente ao bem individual ou aos valores da pessoa, enquanto o Direito visa de maneira imediata e prevalecente ao bem social, ou os valores da

---

[234] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** p. 712
[235] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** p. 670.

convivência.

Esta diferença se percebe, conforme exposto, na importância do Direito enquanto instância de promoção da intersubjetividade cuja necessidade é inerente ao espírito das pessoas.

Após a abordagem esclarecedora de Miguel Reale e a claridade que a comparação entre as diversas teorias sobre a separação entre Direito e moral representa, cabe observar duas teorias que representam uma concepção atual sobre a internalização da Moral no Direito.

Não obstante se possa observar desde Hart, Bobbio e Reale uma tendência à consideração da importância de aspectos materiais no Direito, é nas teorias a seguir que pode ficar clara tal proposta, essencialmente ligada a um modelo específico de Estado que propugna pelo desenvolvimento de uma teoria jurídica compatível. Neste sentido, enquanto elaborações teóricas sistêmicas sobre o problema da insersão de princípios de cunho valorativo específico no Direito, é que as teorias de Dworkin e Ferrajoli podem ser observadas, nos seus mais diferentes aspectos.

2 MORALIDADE, DIREITO E ESTADO EM RONALD DWORKIN E LUIGI FERRAJOLI:

As teorias apresentadas por Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli têm, embora sob matrizes históricas diversas – aquele descendente da tradição da common law e este da civil law –, muito em comum. A iniciar pelo que é mais importante e pontual neste trabalho: a crença na necessidade de controle do Direito por princípios materiais enquanto valores especiais.

Ronald Dworkin busca a fundamentação da regulação da vida social em direitos morais decorrentes de uma elaboração social coerente de acordo com um modelo construtivista[236]. Tais princípios irão determinar a forma de funcionamento da vida social política e ética, sendo pressupostos para a determinação dos princípios morais que irão reger a vida da sociedade e que se recomenda estejam protegidos pela ordem constitucional[237], embora isto não seja indispensável para a sua realização. A atuação do juiz neste sistema, nesta perspectiva, deve promover a realização destes direitos morais.

Ferrajoli, a sua vez, elabora uma teoria para garantia dos direitos fundamentais, cuja realização ideal se dá pela conformação de seus preceitos no ordenamento jurídico positivo. Estes princípios derivam de uma construção histórica determinada segundo a busca de realização de quatro postulados que são os fundamentos meta-éticos e meta-políticos dos direitos fundamentais, a paz, a

---

[236] Modelo de determinação social dos princípios de acordo com procedimentos específicos. Sobre o assunto, vide parte três deste capítulo sobre Dworkin.

democracia a integração e a igualdade. Diante da impossibilidade prática de realização de um modelo jurídico perfeitamente garantista, Ferrajoli atribui ao juiz uma função garantista importante na realização destes diretos fundamentais, seja cumprindo o ordenamento conforme suas prescrições, ou denunciando e corrigindo as suas incoerências.

Dito isto, ressalte-se algumas outras idéias em comum, ressalvadas as diferentes formas de abordagem: 1) a descendência dos princípios que regem a vida social a partir de uma afirmação histórica; 2) a legitimidade localizada no povo; 3) a validade dos princípios acima de qualquer maioria; 4) a busca de um procedimento de decisão judicial que possa ter um fundamento substancial decorrente destes princípios; 5) a fundamentação destes princípios no conceito de igualdade como limite às liberdades naturais do indivíduo, 6) a localização dos valores substanciais na Constituição – enquanto ordem superior de valores que condiciona o restante do Direito, seja ela afirmada de forma positiva ou não – como o que se pode denominar o ponto de compromisso entre Direito e Moral.[238]

No que concerne aos fundamentos, as teorias de Ferrajoli e Dworkin têm, cada uma, sua forma de fundamentar os preceitos que defendem como pressupostos para o modelo de Direito que consideram legítimo e coerente. Ferrajoli localiza esse fundamento num âmbito de justificação do sistema jurídico, com o qual este último não se comunica diretamente, necessitando da positivação na Constituição, e que denomina ponto de vista externo. Já Dworkin, embora também tenha seus fundamentos como instância de justificação do sistema, traz estes

---

[237] Fala-se aqui de Constituição formal, escrita.

[238] Observe-se que para o entendimento de cada um destes tópicos é necessária uma análise específica da teorização dos autores, sendo tal enumeração superficial. É necessário, neste sentido, entender o que cada autor pensa sobre consenso, afirmação histórica, etc.

fundamentos para dentro do Direito na sua atuação concreta pelo juiz. Note-se que quando se diz que Dworkin transpõe diretamente para o sistema jurídico os seus fundamentos apenas se está a dizer que o juiz não precisa do Direito ser positivado, do que não decorre a inexistência de critérios que determinem a juridicidade dos princípios conforme os critérios de justificação, já que Dworkin trabalha com o conceito de integridade. Veja-se, com isso, a partir de que fundamentos cada um deles pretende justificar o Direito para depois observar-se como cada um deles concebe o Estado e o Direito a partir de tal fundamentação.

2.1 LUIGI FERRAJOLI.

2.1.1 O Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli – Linhas Gerais

O Garantismo Jurídico, de Luigi Ferrajoli, é doutrina situada no contexto do Estado Constitucional de Direito[239], acolhendo de seu teorizador a titulação de sinônimo deste, na dimensão do garantismo enquanto modelo de Estado[240]. De fato, o trabalho do autor, a partir da originalidade que lhe é própria, possibilitou o resgate de estruturas históricas do Estado de Direito coevas da atualidade, agregando-as em uma teoria em que princípios fundamentais e legalidade despontam como elementos teleológicos de convergência na formação do Estado Constitucional de Direito.

---

[239] O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pelo especial valor dado às constituições rígidas bem como pela sujeição dos Estados, no plano internacional, a convenções sobre direitos humanos. Trata-se de uma transformação do positivismo legalista até então dominante. Cf. . Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p.52.

[240] O garantismo divide-se em três dimensões essencialmente ligadas entre si: como modelo de Estado; como teoria do direito – que remete ao controle deontológico interno – e como filosofia do

Esta configuração específica do Estado, calcada na valorização dos direitos fundamentais como seu espírito, tem um fundamento próprio extraído da constatação histórica de que a democracia, enquanto forma de organização do poder do Estado, não é apenas o governo da maioria, ao contrário, deve estar imbuída de esferas de controle material, que são instrumentos de direcionamento dos fins do Estado de acordo com a igualdade jurídica dos indivíduos. Trata-se de implementar uma nova dimensão à democracia, chamada democracia substancial, que se consolida justamente pela observação dos direitos fundamentais cujas garantias são instrumentos de realização.

Há, neste sentido, duas faces da democracia que fazem parte do conceito de Estado na visão garantista: a democracia formal, à qual encontra-se em paralelo o conceito de mera legalidade e de vigência, sendo também a ela relacionado o de legitimidade formal do Direito; e a democracia substancial, que remete à estrita legalidade e à validade, o que suscita o conceito de legitimidade material.

A estrutura formulada pelo autor para concatenação da sua construção teórica pode ser observada pelo enfoque de dois pontos de vista: um ponto de vista externo, ético-político, dimensão de inspiração de justiça para a caracterização dos direitos fundamentais; e um ponto de vista interno, que se inicia com a Constituição, ou carta de direitos fundamentais, e que irá limitar o âmbito de atuação do jurista. O ponto de vista externo é um dever ser com relação ao interno e determina, assim, os critérios de controle de legitimidade política.

Saliente-se que, embora situado no paradigma positivista – estabelecendo na Constituição o ponto de início do ordenamento e de diferenciação, portanto, entre

---

direito e crítica da política – que remete ao controle deontológico externo ao direito, conforme se verá alhures.

Direito e moral –, o garantismo, à diferença dos ordenamentos que o autor chama de paleopositivistas[241], identifica, dentro do próprio ponto de vista interno, a possibilidade de um controle deontológico. Supera-se o modelo kelseniano de controle formal das normas superiores sobre as inferiores para introduzir um controle material nesta dimensão.

Para a realização deste controle têm importante papel as garantias, que irão possibilitar, ademais da eficácia dos direitos de nível superior, a coação para a efetivação destas normas, em caso de lacunas, e a anulação de normas de nível inferior, em caso de antinomias.

A partir da constatação deste modelo de positivismo, serão desenvolvidas a seguir as linhas de pensamento mencionadas a fim de apresentar seu modelo teórico e por derradeiro anotar algumas considerações. Inicia-se, por seu aspecto didático, pela concepção de ponto de vista externo do Direito, para após tratar da concepção de direitos fundamentais, ponto de vista interno do direito e das garantias, e, enfim, anotar seus efeitos na concepção de Estado, nos conceitos de legitimidade e na atuação jurisdicional, segundo o pensamento do autor.

2.1.2 Fundamentos

2.1.2.1 Ponto de Vista Externo.

O ponto de vista externo de um ordenamento, representante da concepção

[241] Paleopositivismo é como o autor se refere ao paradigma positivista em que o controle do Direito é realizado por uma legalidade formal e que tem como especial mérito a distinção entre direito e moral. É diferente do positivismo crítico proposto por Ferrajoli, que, em decorrência das especiais características do Estado Constitucional de Direito, possibilita um controle interno realizado por uma legalidade substancial.

de garantismo enquanto filosofia do Direito e crítica da política, caracteriza-se como fonte de controle material, especificamente no âmbito ético-político, que tira seu fundamento *ex parte populi*, sendo, mais claramente, lugar de controle de justiça. Trata-se de um espaço de controle político cuja interferência direta na atuação jurisdicional não é aceita por teóricos do positivismo jurídico, como é o caso do autor em questão, que embora traga novos contornos para esta base teórica, continua seu partidário.

Há, portanto, um controle de legitimidade política do ordenamento, na medida em que este será considerado tanto mais legítimo quanto maior a positivação de seus princípios ético-políticos externos.

O ponto de vista externo, fundamento da legitimidade política, separa-se definitivamente, enquanto dever ser político, do ser jurídico, da mesma forma que pelo conceito de validade, como se verá adiante, o dever ser jurídico separa-se de seu ser efetivo. Não obstante, o ponto de vista externo guarda o mister de realizar o controle de legitimidade sobre os valores positivados. É a partir desta superioridade deontológica do ponto de vista externo que se concebe "o caráter instrumental do Direito e do Estado a respeito das finalidades, valores, necessidades, interesses e vontades extra-estatais e meta-jurídicas".[242].

Esta parte prévia ao Direito, não apenas caracteriza o "Ponto de Vista", mas pressupõe e reconhece a existência de diversos pontos de vista externos relativos às diversas posições dos diferentes indivíduos. Em decorrência disso, a igualdade jurídica assume papel imprescindível.

---

[242] "el carácter instrumental del derecho y del Estado respecto a finalidades, valores, necesidades, intereses y voluntades extra-estatales e meta-jurídicas". FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal.** Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000. Tradução de Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale.**.** p. 905.

Esta é um dos quatro fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais, juntamente com a democracia, a paz e a lei do mais fraco. Eles são importantes porque para a pergunta normativa sobre quais direitos 'devem ser' é mister seja dada uma resposta "cuja fundação racional exige a formulação dos critérios meta-éticos e meta-políticos idôneos para justificar sua estipulação normativa, conforme os fins ou valores ético-políticos que aqueles sejam capazes de satisfazer"[243]. Os quatro fundamentos acima são os critérios indicados pelo autor.

A igualdade jurídica, dentro desta lógica, manifesta-se em dois sentidos: enquanto igualdade formal ou política, como tolerância diante das diferenças de identidade e de ponto de vista das pessoas; e em outra acepção, como intolerância diante das desigualdades, que remetem às distinções por condições sócio-econômicas. A igualdade, neste sentido, indica o rompimento com privilégios e discriminações, que devem ser excluídas do sistema, embora apenas na medida em que "obstaculizam a vida, as liberdades, a sobrevivência e o desenvolvimento das demais pessoas".[244] Esta é a chamada igualdade substancial, que objetiva assegurar a todos os mínimos vitais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

As igualdades formal e substancial vêm a ser garantidas pelos direitos fundamentais, de liberdade e sociais, respectivamente. Estes direitos são precisamente a base da igualdade jurídica – assim como a titularidade de situações

---

[243] "...cuya fundación racional exige la formulación de los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para justificar su estipulación normativa, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquellos sean capaces de satisfacer". Cf. Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**.p. 315.

[244] "...obstaculizan a vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas". Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.**p. 907.

jurídicas[245] distintas é a base da desigualdade jurídica[246] –, e são remetidos, em última instância, à realização da dignidade da pessoa humana:

> Os clássicos direitos de liberdade, ao garantir o igual valor e dignidade de todas as pessoas, quaisquer que sejam suas diferentes identidades culturais, equivalem a outros tantos direitos de cada um à própria identidade, irredutivelmente diferente. Enquanto aos direitos sociais –à subsistência, à saúde à educação – equivalem outros tantos direitos a níveis mínimos de igualdade social, a sua vez prévios para a igualdade civil, enquanto formam o pressuposto material do exercício de todos os demais direitos. Em outras palavras, porque sua satisfação se baseia na 'dignidade da pessoa' e porque, enfim, os níveis mínimos de subsistência que garantem constituem, justamente, a principal condição deste sentido de pertinência e solidariedade social em que se baseiam a coesão e os vínculos pré-políticos invocados como essenciais pelas teorias comunitárias[247]»[248]

A igualdade, assim entendida, não pode ser considerada um limite aos direitos de liberdade, apenas às liberdades genéricas, que são extra-estatais e correspondem à possibilidade de fazer tudo que não esteja defeso em lei. Note-se que a realização da igualdade no Direito é proporcionada pela constitucionalização

---

[245] Segundo o autor são direitos e deveres provenientes de causas ou títulos exercidos mediante atos potestativos com efeitos jurídicos. Refletem relações de domínio e sujeição.

[246] Com relação às situações jurídicas, é o caso dos direitos patrimoniais ou outros direitos que sejam decorrentes da realização de situações hipotéticas que as normas prevêem. Como se verá adiante, as normas de direitos fundamentais, garantidores da igualdade, decorrem de normas téticas, e não hipotéticas, o que implica a existência de um direito subjetivo imediato ao indivíduo e não concorrente com o dos demais, já que pertence a todos, ao contrário dos direitos decorrentes das normas hipotéticas.

Sobre o comunitarismo, é doutrina, dentro do liberalismo, que alega essencialmente a necessidade de valorização do relativismo cultural dizendo que não é possível determinar previamente o que são direitos fundamentais sem a observação das concepções de bem de diversos grupos. Opõe-se às concepções liberais, outra teoria dentro do liberalismo lato sensu, que têm os direitos individuais como antecedentes a qualquer concepção de bem. Certamente esta explicação é apenas parcial em virtude dos objetivos do presente estudo. Para complementação vide CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999; SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (Org) e MOUFFE, Chantal. **O regresso político.** Gradiva.

[248] "Los clásicos derechos de libertad, al garantizar el igual valor y dignidad de todas las personas, cualesquiera que sean sus diferentes identidades culturales, equivalen a otros tantos derechos de cada uno a la propia identidad, irreductiblemente diferente. En cuanto los derechos sociales – a la subsistencia, la salud y la educación – equivalen a otros tanto derechos a niveles mínimos de igualdad social, a su vez previos para la convivencia civil, en tanto forman el presupuesto material del ejercicio de todos los demás derechos. En otras palabras, porque su satisfacción se basa en la 'dignidad' de la persona y porque, en fin, los niveles mínimos de subsistencia que garantizan constituyen, justamente, la principal condición de ese sentido de pertenencia y solidariedad social en el que se basan la cohesión y los vínculos pré-politicos invocados como esenciales por las teorías comunitárias". Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 338.

dos direitos fundamentais, instrumento para sua efetivação.

O segundo fundamento dos direitos fundamentais, a democracia, a seu turno, recebe do Garantismo uma conotação que vai além da dimensão formal da democracia política, caracterizada por determinar quem e como se deve decidir.

Não obstante a importância de tal dimensão da democracia, no contexto do Estado de Direito esta "cracia" (poder) assume uma conotação para além da formal. Ela é constitucional, o que traduz um limite ao poder da maioria manifestado pelos direitos fundamentais. Esta é a dimensão substancial da democracia e que é sua própria condição de existência.[249] Ela determina sobre o que não pode ou deve ser decidido pela maioria e é garantida pelas normas substanciais.

A imposição de um limite substancial, amparado nos direitos fundamentais, ao exercício do poder da maioria, se alicerça no próprio fundamento deste poder, que é a igualdade. Trata-se, assim, de um contra-poder em face do poder de todos e que visa o estabelecimento de "limites e vínculos impostos por todos a si mesmos em garantia de todos"[250]. Estes direitos, para o autor, embora não necessitem do aval de todos, o teriam, caso todos se encontrassem na Posição Original.[251] Trata-se de uma limitação dos poderes pelos direitos.

Com relação ao terceiro fundamento dos direitos fundamentais, a paz, é mister observar que o seu nexo com os direitos fundamentais remonta à formulação

---

[249] Ferrajoli nos ensina que a inexistência das garantias dos direitos fundamentais negaria a própria democracia política, já que a maioria poderia decidir por qualquer coisa, inclusive pela supressão de direitos políticos, o que por conseqüência tiraria o poder ('cracia') das mãos do povo ('demo'). Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 345.

[250] "...limites y vínculos opuesto por todos, a sí mismos, en garantía de todos.". FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. pg 346.

[251] A posição original é uma ficção criada por John Rawls para legitimar a fundamentação dos direitos individuais na sociedade e se caracteriza como um estado em que todas as pessoas se encontrariam para deliberar sobre os direitos que são justos que as pessoas tenham, nas diversas situações da vida. A legitimidade desta deliberação decorreria da condição das pessoas em um estado de alienação das suas condições particulares de vida, o que impediria que elas tivessem um juízo parcial

hobbesiana da justificação do Direito e do Estado como instrumentos de paz e tutela da vida. Dá-se, com isso, a superação do estado de natureza no qual predominava a guerra. A violação sistemática dos direitos fundamentais, neste sentido, passa a ser justificativa para a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência. Para o Ferrajoli, portanto, quanto maior a garantia dos direitos fundamentais, maior a paz. Disso resulta que da mesma forma que a garantia dos direitos de liberdades promove a renúncia ao Estado de Natureza, a promoção dos direitos sociais resulta na satisfação de mínimos vitais, e conseqüentemente na manutenção do direito à vida.

Resta mencionar os predicados do último critério de fundamentação dos direitos fundamentais: a tutela dos mais fraco. Este critério é o que mais evidencia a vontade histórica destes direitos. Muitas lutas foram travadas em prol dos direitos das minorias. Estas lutas vieram a desprover as discriminações e opressões de seu caráter natural, o que ocorreu e ocorre mediante a crescente evidência das violações das pessoas como intoleráveis.

Assim, desmascara-se a idéia de que os direitos só podem ser fundados na vontade da maioria, já que isso levaria ao desamparo dos direitos das minorias. Ademais, desmascara-se a suposta contradição entre a existência de direitos fundamentais e o respeito aos povos de culturas diversas.[252]

Estes quatro critérios de fundamento dos direitos fundamentais vêm demonstrar, em última *ratio*, que eles se fundam,

> não em alguma ontologia ética ou em uma racionalidade abstrata, mas – por uma convergência, também esta contingente, repito, no plano lógico e

---

sobre os direitos individuais. Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de A. A. Gouveia. 2 ed. São Paulo: Atica, 2000.

[252] Esta contradição é apontada pelas doutrinas comunitaristas, conforme nota 10, acima. Neste sentido, Ferrajoli defende que os direitos individuais servem justamente para garantir os direitos de minorias.

> teórico, mas não certamente no político e sociológico – nos valores e necessidades vitais que se vêm afirmando historicamente através de lutas e revoluções, promovidas pelas diferentes gerações de sujeitos excluídos e oprimidos que, em cada momento, têm reivindicado sua tutela como condições de uns níveis mínimos de igualdade, democracia, integração e convivência pacífica.[253]

Sobre o ponto de vista externo há ainda uma última observação a ser feita. Sabe-se que o ordenamento jurídico para Ferrajoli começa com a Constituição sendo defeso ao juiz atuar em desconformidade com ela. Conforme se verá em momento oportuno, o juiz tem a obrigação de atuar conforme a constituição. Esta obrigação do juiz é também uma obrigação moral, decorrente da opção política feita por ele no momento de aceitação de tal função pública, momento em que se compromete com o Estado e com as suas leis válidas. Não cabe a ele, portanto, atuar conforme as suas concepções morais pessoais, o que resultaria em arbítrio. Devido a assunção de sua função, argumenta Ferrajoli, a discordância com a Constituição seria razão moral suficiente para que se tornasse injustificada sua opção por ser juiz. Estas observações valem não só para os juízes, mas para os funcionários públicos em geral.

Não obstante as vinculações do juiz enquanto funcionário público, resultantes de sua opção política, no caso dos cidadãos, a situação torna-se diferente. Essencialmente pelo fato de que não necessariamente seus valores estão de acordo com os valores ético-políticos assumidos pelo Estado. A discordância entre os valores ético-políticos dos cidadãos para com os assumidos pelo Estado gera não uma obrigação moral de obediência da lei, mas um direito ou dever de

---

[253] "...no ya en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien – por una convergencia, también esta contingente, repito, en el plano lógico e teórico, pero no ciertamente en el político y sociológico – en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u (sic) oprimidos, que, en cada momento, han reivindicado su tutela como condiciones de unos niveles mínimos de igualdad, democracia, integración, y pacífica convivencia". Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 372.

desobediência. Trata-se da aceitação de um mecanismo para resistência à opressão. [254]

Ensina Ferrajoli que estes valores que formam o Estado:

> Estes são valores [...] somente para quem os compartilha, e acaso para a maioria, mas não certamente para todos: não são, por exemplo, para as minorias revolucionárias, que compartilham valores precisamente contrários. E se depois estas minorias chegarem a ser maiorias, pode inclusive suceder que o ordenamento deixe de reger, mas também isto será um fato, não um des-valor, e será quiçá considerado com um bem ou um valor pela nova maioria[255]

No que concerne à separação entre Direito e moral isto implica, para Ferrajoli:

> A separação entre direito e moral que está na base do estado de direito assume para si duas diversas e opostas conotações axiológicas: enquanto *no nível institucional* comporta a (relativa) autonomia do direito com respeito às opções ético-políticas pessoais de quem está encarregado de aplica-lo, *no nível individual e social* consiste, pelo contrário, na (absoluta) autonomia da moral frente ao direito e às instituições.[256]

Tratado o tema do fundamento dos direitos fundamentais, cabe abordar algumas de suas características, sempre na ótica de Ferrajoli, antes mesmo de falar sobre o ponto de vista interno do Direito, visto que estes direitos podem ser considerados o ponto de ligação entre os pontos de vista interno e externo do Direito.

---

[254] Disto pode-se inferir que a existência de uma discordância entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo gera um direito e até uma dever de resistência. Isto não parece estar relacionado com qualquer discordância, mas com aquela que se relacione com uma resposta a uma opressão sentida, de acordo com os fundamentos dos direitos fundamentais. Isto não parece estar relacionado com o modelo ideal garantista de ordenamento, que já conta com direitos derivados de um consenso em Posição Original, e que portanto, abrangem as conquistas históricas dos direitos das minorias, mas relaciona-se justamente com estas conquistas.

[255] Estos son valores [...] sólo para quién los comparte, y acaso para la mayoría, pero no ciertamente para todos: no lo son, por ejemplo, para las minorías revolucionarias, que comparten valores precisamente contrarios. Y si después estas minorías llegar a ser mayorías, puede incluso suceder que el ordenamiento deje de regir, pero también esto será un hecho, no un des-valor por la nueva mayoría". Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. p. 928-929.

[256] "La separación entre derecho y moral que está en la base del estado de derecho asume a si dos diversas y opuestas valencias axiológicas: mientras *en el nivel institucional* comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado

2.1.2.2 Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são ao mesmo tempo pré-jurídicos e jurídicos. Antes de sua constitucionalização fazem parte do ponto de vista externo e por isso pode-se dizer que são prévios ao Estado. Contudo, desde o momento da sua constitucionalização caracterizam-se como jurídicos representando-se como a esfera do indecidível, isto é, daquilo sobre o que nenhuma maioria pode dispor. Estes direitos são limites às formas de exercício do poder e se manifestam como instrumentos de luta diante dos poderes.

Nas palavras de Ferrajoli:

> É claro que uma vez reconhecida a sua natureza de princípio axiológicos de justificação do estado, aqueles já não são fundados, senão fundantes; mas o são não enquanto normas ou, pior, situações de direito natural, mas mais precisamente como princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos[257] posto que eles mesmos são fundamentos e fruto de opções morais e de convenções e não de normas jurídicas. Por outro lado, é também claro que uma vez incorporados às Constituições, estes princípios se convertem, ademais, em normas jurídicas de nível constitucional. Mas esta já não é uma alternativa senão uma ambivalência. E é uma ambivalência que não tem nada de misterioso, posto que reflete simplesmente o caráter tanto externo, ou ético-político, como interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do estado constitucional de direito[258]

Os direitos fundamentais têm, historicamente, e independentemente de seu

---

de aplicarlo, *en el nível individual y social* consiste, por el contrario, en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones" Cf. FERRAJOLI, Luigi**. Derecho y razón**. p. 930-931.

[257] O que Ferrajoli trata quando menciona aqui que os direitos fundamentais não têm fundamento ou não são fundados, se quer excluir a necessidade de uma fundamentação estatal anterior a eles. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 914.

[258] "Es claro que una vez reconocida su naturaleza de principios axiológicos de justificación del estado, aquellos ya non son fundados, sino fundantes; pero lo son ya no en cuanto normas o peor, en cuanto situaciones de derecho natural, sino precisamente como principios ético-políticos externos, carentes de fundamentos puesto que ellos mismos son fundamentos y fruto de opciones morales o convenciones y no de normas jurídicas. Por otra parte, es también claro que una vez incorporados a las Constituciones, estos principios se convierten además en normas jurídicas de rango constitucional. Pero ésta ya no es una alternativa sino una ambivalencia. Y es una ambivalencia que no tiene nada e misterioso, puesto que refleja simplemente el carácter tanto externo, o ético-político, como interno, o jurídico, de las fuentes de legitimación del estado constitucional de derecho" Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. p. 914-915.

conteúdo[259], alguns atributos formais que os tornam aptos à defesa dos valores que propugnam. Estas características refletem-se, antes de tudo, no conceito, proposto pelo autor, de direitos fundamentais, que se caracterizam como "todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato".[260]

A universalidade de que cuida o conceito diz respeito às pessoas a quem o Direito se dirige e não à quantidade de pessoas que o elegeram – não se trata da forma da sua origem, mas de seus destinatários. Pertencem, portanto, os direitos fundamentais, a todos os sujeitos que tenham status ou de pessoas, ou de cidadãos ou de capazes de fato. Daí decorre a divisão dos direitos fundamentais de acordo com os sujeitos a quem se destinem. Os que são destinados a todas as pessoas são os direitos humanos.

Dependendo da existência ou não de cidadania, os direitos serão da personalidade (direitos humanos e civis[261]), que não dependem da cidadania, e direitos do cidadão (direitos públicos e políticos[262]), que dependem da cidadania. Subordinados à existência ou não da capacidade de fato, por sua vez, os direitos serão primários ou substanciais (direitos humanos e públicos), ou secundários ou formais (civis e políticos). Aqueles se consubstanciam nos direitos de liberdade e

---

[259] O conteúdo dos direitos fundamentais não deixa de ser importante, no entanto, isto diz respeito aos seus fundamentos. A caracterização formal aqui pretendida foca-se na determinação de aspectos formais que irão determinar a força histórica daquilo que, para cada época, será considerado fundamental.

[260]"...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar." FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 19.

[261] Direitos civis são aqueles conferidos a todos que tem capacidade de fato, independente da cidadania.

[262] Direitos públicos são aqueles atribuídos a todos os cidadãos, como os direitos sociais. Direitos políticos são aqueles atribuídos aos cidadãos com capacidade de fato, como é caso do direito ao voto.

sociais e estes nos direitos de autonomia respectivamente privada e política.

Ressalte-se que, enquanto os direitos de autonomia podem implicar atos que resultem mudanças na esfera da vida das pessoas, os direitos substanciais não. Neste momento é importante frisar outra característica dos direitos fundamentais: o seu exercício não implica a impossibilidade do exercício de direitos fundamentais de outras pessoas. Isto vale inclusive para os direitos de autonomia.

Estes direitos de autonomia, por suas características próprias, são direitos fundamentais, já que pertencem universalmente a uma classe de sujeitos e assim, tem em seu bojo concretizado o princípio da igualdade. Por outro lado, eles têm características que os permitem, indiretamente, serem causadores de desigualdades jurídicas. Isto não diz exatamente com estes direitos, mas com aqueles que decorrem do seu exercício, especialmente no caso dos direitos civis, dos quais derivam os contratos. Deles decorrem situações jurídicas, pilares da desigualdade jurídica.

Com isso, diferentemente dos direitos fundamentais e das situações jurídicas, surge uma terceira modalidade que é a das "capacidades (jurídica, de fato, penal, político eleitoral e similares), que definem os status das pessoas designando sua igual idoneidade para realizar atos ou chegar a ser titulares de situações desiguais, e compartilham com os direitos fundamentais o fato de não serem efeitos nem de ter seu título em atos jurídicos de aquisição, senão que correspondem a todos em condição de igualdade; e com as situações jurídicas o fato de serem exercidas mediante atos jurídicos produtivos de novas situações e, por conseguinte, de desigualdades."[263]

---

[263] "...las capacidades (jurídica, de obrar, penal, político-electoral y similares), las cuales definen los *status* de las personas designando su igual idoneidad para realizar actos y llegar a ser titulares de

Justamente em virtude destas especiais características dos direitos de autonomia, que podem resultar em desigualdades, já que há possibilidade diferenciada do seu exercício – porque alguns indivíduos têm maiores condições de contratar que outros –, que Ferrajoli ora os coloca no rol dos direitos fundamentais ora os caracteriza como capacidades.

Na atuação do Direito, a conformação destes diferentes direitos fundamentais dá-se da seguinte forma: há os direitos positivos de liberdade, considerados como aqueles cujo exercício não causa dano direto a ninguém e que correspondem aos direitos primários citados alhures. Estes incluem os direitos humanos e públicos, que abrangem os direitos a prestações positivas – direitos sociais – e a prestações negativas – direitos de liberdades.

Há por outro lado, os direitos de autonomia, direitos poderes, e há ainda, a chamada genérica liberdade negativa, que consiste na liberdade de fazer aquilo que a lei não impede. Os direitos de autonomia, a partir do momento em que de seu exercício são resultados leis e contratos, são limites a esta liberdade genérica negativa, própria do estado de natureza. Eles, contudo, não têm possibilidade de atuação deliberada, já que são limitados pelos direitos primários de liberdade, que limitam, portanto, sobre o que se pode e o que não se pode decidir, de acordo com a democracia substancial de que são fundamentos.

A especial relação dos direitos de autonomia, enquanto direitos fundamentais, e as situações jurídicas é especialmente evidenciada ao se falar em direito à propriedade. Há uma confusão na doutrina que considera os direito de

---

situaciones desiguales, y que comparten con los derechos fundamentales el hecho de no ser efectos ni de tener su título en actos jurídicos de adquisición, sino que corresponden a todos en condiciones de igualdad, y con das situaciones jurídicas el hecho de ser ejercidas mediante actos jurídicos productivos de nuevas situaciones y por consiguiente de desigualdades". Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 910.

propriedade, enquanto direito real sobre um bem, como direito fundamental. O que é direito fundamental é o direito de adquirir ou vender propriedades, direito de autonomia, decorrente da capacidade de fato que o indivíduo têm e que não exclui a possibilidade de outro de fazê-lo.

Por outro lado, o direito real de propriedade vai impor restrições ao exercício de outros com relação àquela propriedade, e por isso não é um direito fundamental. O direito fundamental do indivíduo de adquirir, vender ou dispor de propriedades continua o mesmo, porque não diz respeito a uma propriedade específica, mas à possibilidade de ter acesso e disposição de uma qualquer. O direito real de propriedade, contudo, é um direito singular, não universal; exclusivo (não inclusivo); disponível, negociável e alienável.

A propósito, é mister observar que da universalidade dos direitos fundamentais decorrem outras características suas. São eles *inclusivos*, isto é, formam a base da igualdade jurídica porque a titularidade de um não exclui a titularidade de outro do direito. São *indisponíveis*, isto é, eles mesmos não podem ser transferidos a outra pessoa gerando para ela direitos patrimoniais. Estão, assim, fora da possibilidade de atuação do mercado. São ainda *invioláveis*, visto que não podem ser objeto de decisões públicas, o que consiste em uma imposição ao legislador ordinário, no sentido de não lesionar os direitos negativos –direitos de liberdades – e de satisfazer os direitos positivos –direitos sociais. A violação destes direitos justifica a violência.

São ainda *indivisíveis*, o que significa que pertencem a todos de modo que a violação do direito de um atinge o Direito em seu todo, já que afeta o valor do indivíduo como pessoa. Neste sentido, o exercício por um indivíduo dos seus direitos fundamentais não atrapalha o exercício de direitos alheios.

Como visto, todos estes caracteres são corolários da universalidade dos direitos fundamentais. Esta é definida pelo autor como a atribuição de direitos e deveres e "sua imediata disposição em favor de classes indeterminadas de sujeitos, por parte de normas gerais"[264], normas denominadas pelo autor como téticas.

Normas téticas são aquelas conforme as quais "sem a mediação de nenhuma outra prescrição jurídica, seus destinatários são titulares das situações e dos status correspondentes[265]."[266]. Esta caracterização decorre da dimensão nomoestática[267]do ordenamento jurídico e diz respeito aos comportamentos que não tem efeitos jurídicos na esfera alheia. É o oposto das normas hipotéticas, cuja situação jurídica que prevê é resultado da realização das condições previstas na própria norma. Condições estas que extrapolam a qualidade do sujeito –pessoa, cidadão ou capaz de fato – a que se destinam.

Nesta esteira, frise-se a ruptura com a idéia kelseniana de que só há direitos quando há de fato o poder de demanda-los, isto é, quando eles tenham suas garantias efetivas[268]. Kelsen identifica, portanto, o direito com suas garantias

---

[264] "... su inmediata disposición en favor de clases indeterminadas de sujetos por parte de normas generales". FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 155.

[265] Os direitos fundamentais, bem como outros decorrentes de normas téticas, são normas em si, enquanto outros, como os patrimoniais, decorrentes de normas hipotéticas, são predispostos por estas normas. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias de la ley del más debil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. 2 ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 49.

[266] "... sin la mediación di ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y de los *status* correspondientes.". FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. p. 156

[267] Isto significa que, dado um direito, surge imediatamente a obrigação ou proibição correlativa. Na dimensão nomodinâmica do ordenamento, por sua vez, esta obrigação depende da implementação de normas que os prevejam. A esta dimensão correspondem as normas hipotéticas. As normas de diretos fundamentais, em sistemas nomodinâmicos, têm as garantias como um dever ser – e não um ser – que não exclui, portanto, a sua qualidade de direitos subjetivos, já que por natureza a existência de garantias necessitaria de normas expressas, já que elas não se encontram nas próprias normas de direitos fundamentais. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** p. 46-49; e FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias de la ley del más debil**. p. 49.

[268] A necessidade de garantias é um dever ser nos ordenamentos de tipo nomodinâmico com são os de direito positivo, mas não necessariamente reflete o seu ser, já que é possível a existência de lacunas e antinomias, que devem, diante disso, ser remediadas.

primárias e secundárias[269].

Para o garantismo jurídico, os direitos fundamentais, decorrentes de normas téticas, não precisam de garantias para ser considerados direitos subjetivos, eles existem a partir do momento em que as normas são predispostas. Caracterizam-se como expectativas positivas ou negativas conferidas a um sujeito, que surgem com o ato normativo que os produz. Isto gera uma obrigação para o legislador de dispor de garantias que os efetivem. Estes direitos têm, desde já, caráter vinculante. A juridicização destes direitos ocorre com a constucionalização. Veja-se, a partir do ponto de vista interno, como se dá a atuação dos direitos.

2.1.3 Estado e Legitimidade

2.1.3.1 O modelo do Estado Garantista:

Enquanto modelo de Estado, o garantismo defende que o poder público estatal é condicionado por um aspecto material, concretizado em primeiro momento na afirmação de direitos correlativos às necessidades das pessoas que são, portanto, um "prius" em face da atividade estatal. Estes direitos são pré-políticos, fundantes da razão de ser do Estado "como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional". [270] É a partir das pessoas, isto é, *ex parte populi*, que serão determinados os valores que constituem pontos essenciais de tutela pelo Estado.

A valorização de uma dimensão material na configuração de um modelo de

---

[269] A explicação das garantias será feita em tópico adiante.

Estado consente, enfim, que pela observação das necessidades das pessoas, seja possível o reconhecimento dos fins Estatais a partir de baixo, a partir das próprias pessoas. Isto caracteriza o Estado Garantista como heteropoiético, isto é, cuja legitimação política parte de baixo, da sociedade, diferentemente dos Estados autopoiéticos, em que a legitimação política vem desde cima: do soberano, de Deus, até, nas teorias modernas do positivismo ético, da própria legalidade jurídica.

Ferrajoli aceita, destarte, as formulações jusnaturalistas, não como fontes de direitos objetivos, mas apontando para os direitos naturais como princípios axiológicos extrajurídicos, de modo que a idéia jusnaturalista de contrato social aponta para a democracia, situando o limite da razão de ser Estatal na realização de valores para a satisfação dos quais foi criado pelo acordo entre os homens.

Com efeito, isto significa que os direitos fundamentais que resultam das necessidades das pessoas partem de uma determinação ético política. Estes direitos passam a ser Constitucionalizados de acordo com afirmações históricas tornando-se postulados essenciais do Direito e que serão os postulados a determinar o limite de início do controle não mais ético-político, mas propriamente jurídico do Direito que corresponde a um controle deontológico interno.

A partir desta configuração, estes direitos estão aptos a protagonizar um limite à atividade estatal, que deve ser exercida para além de *per leges* (mediante lei), *sub leges* (submetida à lei). Ressalte-se que na concepção garantista de fundamentação do Estado de Direito, a submissão à lei não significa apenas que o poder estatal foi conferido pelo Direito (legitimação formal do poder), mas que ele é limitado substancialmente por este (legitimação substancial do poder).

---

[270] "...como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional" Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 882.

O controle da atividade estatal pela estrita legalidade, isto é, no que concerne à substância, determina três esferas de limites ao Estado de Direito. No plano epistemológico, o Estado passa a ser considerado um sistema congnocitivo, de poder mínimo. No plano político, visa maximizar a liberdade e minimizar a violência. No plano jurídico, geram-se vínculos ao poder punitivo do Estado visando a garantia dos direitos dos seus cidadãos.

Admite-se que o Estado não será capaz de realizar todos estes diretos de forma cabal, no entanto, ele será mais garantista quanto maior seja a sua capacidade de alcançar esta meta.

2.1.3.2 Legitimidade no Estado Garantista:

A atuação dos poderes no Estado de Direito garantista é realizada por dimensões de controle de legitimidade que visam, ao garantir os direitos essenciais dos indivíduos, diminuir a esfera de força dos poderes do Estado.

Primeiramente há uma legitimidade política, que decorre da positivação dos valores ético-políticos provenientes do ponto de vista externo. Advém justamente da necessidade de se atuar o Direito como instrumento para a realização de fins determinados pelas pessoas, geradoras e destinatárias destes valores.

Por outro lado, há a legitimidade jurisdicional, que decorre do ponto de vista interno do Direito, e reflete a sua possibilidade de atuação de acordo com as formas de legalidade formal e substancial. Ambos controles de legitimidade, político e jurisdicional, refletem a manifestação do controle de um dever ser por um ser.

Enquanto a legitimidade política é maior quanto maior o ser do Direito estiver de acordo com as exigências do ponto de vista externo; a legitimidade jurídica é

maior quanto maior a possibilidade de atuação de acordo com normas vigentes e válidas.

Estas formas de legitimidade nem sempre serão possíveis de se realizar, ao contrário, o ordenamento garantista atua como instrumento de denúncia de ilegitimidades e, portanto, parte do pressuposto de que elas são ponto irrefutável dos ordenamentos complexos tais como são os ordenamentos do Estado Constitucional de Direito, em que há necessidade de exercício de um controle material do Direito a ser aplicado no caso concreto.

A legitimidade política fica condicionada pelo "grau de efetiva realização das funções externas que justificam os poderes (grau de representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos, e dos interesses representados), como pela imperfeição estrutural dos instrumentos institucionais dispostos para este fim (representação indireta, princípio da maioria, garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela)."[271] Disso decorre que ela é sempre relativa, condicionada e mensurável em graus.

No poder judicial a ilegitimidade política, da qual não se pode esquivar, se manifesta na atuação de um poder discricionário, para além de um poder legal e eqüitativo. No caso do poder legislativo, ela se manifesta pela "ausência de mandatos imperativos e pelas mediações burocráticas interpostas pelos partidos que as expressam"[272]. A ilegitimidade política do poder executivo, por sua vez, manifesta-se pelas "amplas margens de autonomia de que goza e pela inefetividade

---

[271] "...grado de efectiva realización de las funciones externas que justifican los poderes (grado de representatividad, grado de satisfacción de los derechos garantizados y de los intereses representados), como por la imperfección estructural de los instrumentos institucionales dispuestos para este fin (representación indirecta, principio de mayoría, garantías jurisdiccionales y otras técnicas jurídicas de tutela). Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 887.

[272] "...ausencia de mandatos imperativos y por las mediaciones burocráticas interpuestas pelos partidos que la expresan" Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 887

dos controles parlamentares”[273], o que gera uma representatividade ainda mais tênue e mediata.

A legitimidade política é sempre imperfeita, não absoluta e sempre se relaciona com as funções efetivamente asseguradas pelo Estado, suas Instituições, ou até atos singulares destas. Ela é sempre parcial, porque remete a uma parte específica do ordenamento, e não ao todo; é sempre contingente porque se relaciona a um ou outro aspecto do sistema e não a seus aspectos futuros; e é sempre condicionada porque depende do grau de maturidade democrática dos sujeitos sociais, bem como de sua habilidade para controlar os poderes públicos e privados.

A legitimidade jurídica, a seu turno, é manifestação de duas fontes de legalidade. Por um lado, a legalidade formal, que se liga a um controle de legitimidade formal e determina que a atuação jurisdicional será mais legítima quanto mais vinculada estiver às leis positivadas no ordenamento. De outro lado, a legalidade estrita, substancial, que permite o controle de legitimidade substancial, que se realiza em maior grau quanto maior a atuação do juiz de acordo com os preceitos fundamentais constitutivos desta legalidade material.

A ilegitimidade jurídica afeta os poderes normativos, legislativo e judicial e reflete o descumprimento dos preceitos superiores pelos inferiores, denunciando a falta de efetivação das promessas das normas de nível superior. A limitação ampla dos deveres neste nível, acompanhada da inefetividade em nível inferior gera a amplitude desta ilegitimidade. Deste panorama decorre o novo papel atribuído ao juiz.

---

[273] “...amplios márgenes de autonomía de que goza y por la inefectividad de los controles parlamentarios”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 887.

2.1.4 O Direito:

2.1.4.1 Ponto de vista interno

O limite entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno localiza-se na Carta de Direitos Fundamentais[274]. É precisamente na constitucionalização dos direitos que há a convergência entre os fundamentos jurídicos e axiológicos destes direitos. Nas palavras do autor

> [...] as constituições são contratos sociais de forma escrita e positiva, pactos fundantes da convivência civil, gerados historicamente pelos movimentos revolucionários com os que em ocasiões especiais se impuseram aos poderes públicos, de outro modo absolutos, como fontes de sua legitimidade...a idéia de contrato social é uma metáfora da democracia: da democracia política, dado que alude ao consenso dos contratantes e por conseguinte, vale para fundar, pela primeira vez na história, uma legitimação do poder político desde baixo, mas é também uma metáfora da democracia substancial, já que este contrato não é um acordo vazio, senão que tem como cláusulas e a sua vez como causa precisamente a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação por parte do soberano legitima a ruptura do pacto e o exercício do direito de resistência (*grifo acrescentado).*[275]

É a partir da Constituição, enquanto instrumento de concretização positiva dos valores ético-políticos, que começa a possibilidade de controle deontológico interno no Direito. Isto não implica o abandono da sua esfera de controle formal, ao contrário, este é pressuposto da possibilidade do controle material.

---

[274] Quase sempre, ela se identifica formalmente com a Constituição do país, mas pode ter sua materialidade dividida entre outras partes do ordenamento formal.

[275]"... las constituciones son contratos sociales de forma escrita e positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad....la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política , dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.".FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal.** p. 53.

Segundo Ferrajoli "o constitucionalismo, que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito que se exprime em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução era expressa na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal) o qual é norma de reconhecimento da existência das normas, esta segunda revolução se realiza com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estrita legalidade (ou da legalidade substancial): ou seja, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais mas substanciais impostos pelos princípios de direito fundamental expressos na constituição"[276]

Com efeito, o limite do controle de legitimidade do ponto de vista interno inclui a necessidade de um ordenamento positivo formal, que decorre do exercício da democracia política ou formal. Isto se reflete tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional.

A originalidade da teoria proposta, e que vem a possibilitar um controle material interno, no Direito positivo, sem a necessidade de abandono do controle formal, encontra respaldo na Teoria do Direito formulada pelo autor, que sustenta a diferenciação entre vigência e validade. Como se sabe, a teoria paleopositivista não cogitava a possibilidade de um controle material como instrumento informado pela

---

[276] "Il constituzionalismo, quale risulta dalla positivizzazione dei diritti fondamentali come limiti e vincoli sostanzali alla legislazione positiva, corrisponde a una secinda rivoluzione nella natura del diritto che si esprime in un'alterazione interna del paradigma positivistico classico. Se la prima rivoluzione si era espressa nell'affermazione dell'onnipotenza del legislatore, ossia del principio di mera legalitá (o di legalitá formale) quale norma di riconoscimento dell'esistenza delle norme, questa seconda rivoluzione si è realizata con l'affermazione di quello che possiamo chiamare principio di stretta legalitá (o di legalitá sostanziale): ossia con la sottomissione anche della legge ai víncoli non più solo formali ma sostanziali imposti dai principi dei diritti fondamentali espressi dalle constituzioni." Cf.

própria teoria do direito, e incluía no conceito de vigência e como decorrência de sua caracterização, a aplicação da norma. O conceito de vigência era identificado com a noção de validade.

Na teoria kelseniana isto implica a identificação em ambos significantes: validade e vigência, do significado: obediência às normas procedimentais superiores de criação da norma, do que deriva a sua existência e vinculatividade.

Para Hart, por sua vez, estes dois significantes encontram o significado: norma derivada da norma de reconhecimento, o que implica a sua existência e vinculatividade.

Em face destas confusões, que tomavam o ser pelo dever ser (Kelsen) ou o dever ser pelo ser do Direito (Hart), foi proposta a separação entre o conceito de vigência e validade. Aquela, com a proposta garantista, passou a caracterizar a existência da norma, de acordo com seus procedimentos formais determinados pelas normas superiores. Representa, portanto, um controle formal, do ser do Direito.

A validade, a seu turno, passou a compreender apenas a correspondência material das normas de nível inferior com as de nível superior, o que possibilitou um controle interno do dever ser do Direito e conseqüentemente da aplicabilidade das normas. As normas superiores passam a determinar materialmente o limite de aplicação das normas inferiores, prescrevendo a anulação destas quando em desacordo com aquelas.

Se por um lado, o controle material das normas superiores sobre as inferiores implica a determinação da validade destas por aquelas, a existência

---

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fonamentali**.Disponível em http://www.arifs.it/ferrajo98.htm Acesso em 29 de abril de 2002.

(vigência) das normas inferiores irá possibilitar, por outro lado, caso também sejam válidas, a eficácia das normas superiores.

Assim, as normas superiores serão eficazes se elas estiverem concretizadas em normas inferiores. Caso contrário, haverá uma lacuna, que reclama um remédio. Da mesma forma, se houver uma ou mais de uma norma inferior regulando uma superior e haja conflito com esta, trata-se de antinomia e deve ser resolvida eliminando-se a norma que seja contraditória com a norma superior. O controle de materialidade não se dá só em casos de antinomia, pois pode haver, neste caso, uma única regra que em tese efetivaria a superior. Esta regra, contudo, pode ser declarada inválida caso em que será gerada uma lacuna.

2.1.4.2 As Garantias:

As garantias, elemento central para realização dos postulados essenciais da teoria de Ferrajoli, têm como seu modelo ideal um ordenamento positivo completo, sem lacunas e antinomias, que seja capaz de realizar todos os direitos fundamentais dos cidadãos. Na impossibilidade de tal mister, o papel garantista do Direito reverte para a atuação jurisdicional, que irá visar ao máximo a realização destes direitos.

As garantias funcionam, no Estado Constitucional de Direito, como "técnicas coercitivas –[...] – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo".[277]. Elas são técnicas, formuladas pela cultura jurídica, que irão permitir o controle da legislação infraconstitucional pelas normas constitucionais. São, especialmente, técnicas para permitir a efetivação dos direitos constitucionais.

---

[277] "... técnicas coercitivas –... – que permitan el control y la neutralización del poder e del derecho ilegítimo". FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 852.

Há dois tipos de garantias, as primárias e as secundárias. Ambas são deveres, correspondentes aos direitos subjetivos representados pelas expectativas positivas, de direitos sociais e às negativas, de direitos de liberdades. As garantias primárias consistem nas normas de obrigações e proibições relativas a estes diretos subjetivos. Já as garantias secundárias são deveres de aplicar sanções ou declarar a nulidade de violações das garantias primárias

De acordo com a estrutura dos direitos fundamentais as garantias irão refletir um tipo específico. No caso dos direitos de liberdade, elas têm o mister de evitar a sua violação, já que tais direitos impõem ao Estado uma conduta meramente negativa. Diante da violação de uma norma superior, o papel das garantias é a invalidação ou anulação do ato aviltador do Direito. No caso de diretos sociais, que necessitam de uma tutela positiva do Estado, as garantias devem estar aptas à coerção para a realização do Direito e à sanção contra a omissão.

A existência de garantias vem possibilitar a resolução de problemas ocasionados em um sistema em que, justamente por sua natureza, é possível a existência de lacunas e antinomias. Mais do que isso, em um sistema em que a denúncia destas situações é tarefa precípua do juiz, a fim de cada vez mais legitimá-lo substancialmente de acordo com as normas constitucionais.

Diante disso, é possível a existência de normas vigentes, porém inválidas, quando em desacordo com suas normas superiores. Esta situação representa antinomias que persistem até que sejam declaradas pelos órgãos competentes. Na mesma ótica, é possível a existência de normas válidas, vigentes, mas ineficazes. É a hipótese das normas superiores carentes de regulamentação, inclusive as normas constitucionais. Neste caso, o que se têm são lacunas. As antinomias atingem os direitos de liberdade, enquanto as lacunas atingem mais precisamente os direitos

sociais. O papel das garantias é justamente o de possibilitação de denúncia e correção desta situação, para a concretização dos direitos sociais e para a defesa dos direitos de liberdades.

A dimensão da importância das garantias evidencia-se porque permitem, através de suas estruturas a auto-reforma do Direito, a sua legitimação e deslegitimação por instrumentos próprios, prerrogativa do Estado Constitucional de Direito.

As garantias são os instrumentos de auto-reforma que possibilitam a crítica interna do Direito:

> graças precisamente às garantias, tais direitos, na medida em que são insatisfeitos, podem deslegitimar os poderes, invalidar suas ações e suas omissões, obriga-los às prestações que lhes correspondem. Neste sentido, o Estado de Direito é caracterizável como um modelo de ordenamento que permite não tanto a legitimação, quanto sobre tudo a deslegitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos e das normas que estes produzem e não produzem.[278].

Saliente-se que os direitos fundamentais são especialmente protegidos por garantias constitucionais, decorrentes da rigidez da constituição. Quais sejam: a necessidade de um procedimento mais difícil de alteração das suas leis e a sua superioridade com relação às leis ordinárias, que devem estar de acordo com o conteúdo das constitucionais segundo um controle de legitimidade.

2.1.4.3 O papel do juiz no Estado Garantista:

Do exposto, decorre a necessidade de um positivismo crítico que vai contra

---

[278] "...gracias precisamente a las garantías, tales derechos, en la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones que les corresponden. En este sentido, el estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que éstos producen y no producen." Cf. Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón.** p. 867-868.

as teses do positivismo dogmático que propugnava pela fidelidade do juiz à lei e à função meramente descritiva e avalorativa do jurista em relação com o Direito positivo vigente. Ao contrário, no paradigma positivista crítico os juízes: 1) não tem obrigação de aplicar leis inválidas. Devem fidelidade apenas às leis constitucionais, com o que o juiz não fica subordinado às maiorias, porque o poder judicial tem fundamento na igualdade em direitos; 2) devem valorar a invalidade das normas de acordo com as de nível superior; 3) podem aplicar leis vigentes inválidas, se estão no ordenamento jurídico e as entendam como válidas. 4) Não pode haver valorações éticas do juiz diretamente a partir da justiça – ponto de vista externo.

O poder jurisdicional assume, neste novo entendimento, uma função garantista essencialmente importante, já que é um órgão incumbido de realizar a eficácia das normas superiores, especialmente dos direitos fundamentais, independentemente de haver ou não lei infraconstitucional que os regulamente. Para cumprir seu novo papel deve, portanto, na interpretação da lei, escolher o significado válido e, diante de contradições insanáveis com as leis superiores, declarar a inconstitucionalidade da lei.

> os desníveis entre normas, que estão na base da existência de normas inválidas, e por outra parte, a incorporação dos direitos fundamentais no nível constitucional, mudam a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição uma função de garantia do cidadão frente às violações de qualquer nível da legalidade por parte dos poderes públicos.[279]

O papel do juiz, caso se depare com antinomias e lacunas, é a denúncia delas e, em caso de antinomia, a invalidação da norma. Para atuar legitimamente diante destes vícios do ordenamento, o juiz teria apenas dois caminhos em ordenamentos com a constituição rígida: Por um lado, reduzir o alcance da norma de acordo com interpretações constitucionais conservando a norma. Por outro, pode

---

[279] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias de la ley del más debil.** p 26.

ocorrer a denúncia da invalidade da norma para aquele caso, embora permitindo que enquanto esta norma não seja anulada, haja possibilidade de interpretações inconstitucionais.

A atuação do juiz, contudo, vai ser realizada para além destas possibilidades, isto porque a sua postura crítica não pode se esgotar na denúncia de lacunas e antinomias e na tarefa interpretativa.

A crítica do Direito tem a tarefa de denúncia de lacunas e antinomias e preenchimento de lacunas. Certamente que neste último caso não há atuação com legitimidade perfeita, visto que não é possível legitimamente ao juiz suprir o papel das garantias no todo. Não obstante, o que resta ao juiz é atuar com uma certa margem de ilegitimidade formal e fazer valer as normas de nível superior com a integração da lacuna pela inventividade, se necessário.

No Direito penal não seria possível a desvinculação de tal maneira entre legitimidade formal e material devido à exigência material do princípio da tipicidade. Fora do Direito penal, contudo, é possível a atuação do juiz com uma legitimidade formal debilitada, a partir de critérios mais gerais e valorativos sem perfeita verdade ou taxatividade.

A existência de uma normatização mínima, contudo, é necessária, porque há situações, em que é impossível ao juiz até mesmo uma inventividade para suprir uma lacuna, como é o caso de direitos sociais prestacionais, em que se torna impossível a prestação jurisdicional, o que acaba levando à denegação de justiça.

> [...] quando a lei não ofereça nenhum princípio regulativo, a total falta de legitimação formal pode comprometer, inclusive em matéria não penal, a mesma legitimação substancial. Na prática, existem muitas situações intermédias, que vão desde o virtual contraste entre as fontes de legitimação à impossibilidade de qualquer legitimação. Quando a jurisdição possa ao menos servir-se de algum apoio legal, ainda que seja vago e impreciso, as duas fontes de legitimação podem entrar em conflito entre si, já que, de um lado, a tutela substancial dos direitos fundamentais sancionados pela constituição exige do juiz uma discricionariedade e até

> uma inventiva judicial que faça possível de algum modo a justiciabilidade os mesmos inclusive mais além da letra e das lacunas da lei ordinária mas, de outro lado, a falta de articulações legais na atribuição de direitos e a sujeição do juiz à lei fazem débil e incerta a legitimidade formal de tal inventiva. Mas se não existe nenhum apoio legal, inclusive tal inventiva– pense-se no caso dos direitos sociais a prestações estatais – é impossível e não cabe outra solução que a denegação de justiça[280]

> A tarefa do jurista , em uma perspectiva positivista de tipo crítico, não é, pois, sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresenta-las com uma coerência e uma plenitude que efetivamente não têm, senão, pelo contrário, explicitara incoerência e a falta de plenitude mediante juízos de invalidez sobre as inferiores e correlativamente de inefetividade sobre as superiores. É assim como a crítica do direito positivo tem uma função descritiva de suas antinomias e lacunas e ao mesmo tempo prescritiva de sua auto-reforma, mediante a invalidação das primeiras e a **integração das lacunas**.[281]

A estruturação do ordenamento jurídico com os direitos fundamentais em nível constitucional, e o desnível entre as normas é o que permite que a jurisdição assuma o papel de garantia aos cidadãos frente à violações de legalidade pelos poderes públicos.

Por fim deve-se registrar que a par da jurisdição, a ciência (jurídica, sociológica e politológica) também assume papel crítico, que "não é inventar o direito positivo, senão analisa-lo, registrando seu grau de efetividade e de inefetividade e até de impotência, assinalando suas antinomias e lacunas, e projetando técnicas de garantia capazes de supera-las ou ao menos reduzi-las".[282]

Diante disso, a ciência jurídica, diferentemente do que pensa Kelsen, que lhe atribui papel meramente descritivo, assume função crítica, quando por um lado interpreta o Direito na resolução de lacunas e antinomias de forma crítica e reconstrutiva e, por outro, fornece propostas, externamente, para novas soluções ao Direito.

---

[280] FERRAJOLI, Luigi**. Derecho y razón.** p. 919.
[281] FERRAJOLI, Luigi**. Derecho y razón.** p. 879.
[282] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** p. 107.

2.2 DWORKIN

2.2.1 O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin – linhas gerais:

A crença na existência de princípios morais que os indivíduos têm em face do Estado, e que os tornam protegidos diante deste e de qualquer maioria, tem papel fundamental na teoria de Ronald Dworkin, que desenvolve critérios para a afirmação destes princípios de forma legítima.

Para tanto, pode-se dizer, Dworkin funda-se em dois momentos. Primeiramente, na crença sobre o consenso a respeito de alguns princípios que são pressupostos para a caracterização do modelo de comunidade em que ocorre a formação dos direitos que a rege. Os princípios que a comunidade tem por base são aqueles que Dworkin defende no seu liberalismo igualitário e têm como pano de fundo o princípio de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

A partir deste pressuposto, um segundo momento a formação dos direitos que regem esta comunidade reflete um modelo em que a legitimidade do Direito irá decorrer da atuação desta comunidade conforme um rol de princípios fundado na história desta e que vale para todos a partir do que Dworkin denomina integridade.

Atuar com integridade é a forma de atuar legitimamente em uma comunidade e significa, em linhas gerais, atuar de acordo com um rol coerente de princípios. A atuação jurisdicional, neste sentido, terá também esta incumbência e assume papel importante na afirmação dos direitos morais de fundo dos indivíduos que valem, como dito, acima de qualquer outra forma de deliberação estatal.

2.2.2 Fundamentos:

2.2.2.1 Aspectos gerais::

A teoria de Ronald Dworkin parte de alguns pressupostos que considera sejam aptos a determinar os limites da decisão sobre os princípios que devem reger a vida política. Dworkin estabelece um procedimento para determinar tais princípios. A partir de sua conclusão acaba culminando nos ideais do liberalismo dworkniano. Tais procedimentos são necessários para legitimar os ideais liberais que Dworkin acredita alcançar a partir deles e denunciam a forma apresentada pelo autor para defender a entrada de determinados valores no âmbito do Direito.

Assim como Ferrajoli coloca o fundamento dos Direitos fundamentais nos ideais de Democracia, Igualdade, Integração e paz, que acredita serem desmascarados historicamente, Dworkin irá determinar que qualquer direito que os indivíduos devam ter deve estar fundamentado historicamente, no povo, visando conceder condições mínimas de integração na comunidade sempre partindo do princípio da igualdade.

Percebe-se que ainda que sob teorizações diversas o resultado é o mesmo: um sistema de direitos fundamentado no povo, na história, na integração e na igualdade. Tais são os pressupostos básicos de determinação da vida em sociedade e que devem ser espelhados nos direitos individuais.

Estes fundamentos encontram-se na base do liberalismo de Dworkin. Note-se que apesar de considerar o liberalismo uma concepção de filosofia política que se preocupa, portanto, com decisões acerca de uma comunidade política, a ética,

enquanto questão de cunho pessoal é importante, já que : “a perspectiva política deve enquadrar-se com uma descrição plausível e atrativa de como as pessoas deveriam pensar e atuar em suas vidas privadas. Pelo menos, o liberalismo não deve chocar com nossas convicções éticas, e será mais convincente se, ademais, puder entender-se como derivado delas”[283].

Neste sentido, para Dworkin, um primeiro erro encontrado em teorias liberais como a de Rawls é a crença no que este chama de “estratégia da descontinuidade”, através da qual se buscam motivos que as pessoas podem ter para por entre parênteses suas convicções sobre a boa vida quando atuam politicamente. Tais motivos seriam decorrentes do interesse do próprio indivíduo ou da moralidade. Dworkin propõe a estratégia da continuidade, que:

> apela às pessoas que querem uma influência moral mais integrada, que quer que suas convicções políticas estejam à altura de suas convicções acerca da vida boa, e que, portanto, são reticentes em deixar essas convicções de lado as colocando entre parênteses ao cruzar o umbral do colégio eleitoral onde depositarão seu voto[284].

Com efeito, Dworkin acredita que os princípios que fundamentam o liberalismo podem ser remetidos ao menos à parte mais central e importante, relacionada a convicções éticas que são mais globais e filosóficas, da ética que a maioria das pessoas aceita.

Para a fundamentação ética do liberalismo, não obstante, cabe apenas considerar os interesses críticos dos indivíduos sobre o seu bem estar e não os seus

---

[283] “la perspectiva política liberal tiene que cuadrar con una descripción plausible y atractiva de cómo la gente debería pensar y actuar en sus vidas privadas. Por lo menos, el liberalismo no debe chocar con nuestras convicciones éticas, y será más convincente si, además, puede entenderse como si derivara de ellas.”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Tradução de Antoni Doménech. Barcelona: Ediciones Padós, 1993.. p. 54.

[284] “[...] apela a la gente que quiere una experiencia moral más integrada, que quiere que sus convicciones políticas estén a la altura de sus convicciones acerca de la buena vida, y que, por lo tanto, reticente a dejar esos convicciones poniéndolas entre paréntesis al cruzar el umbral del colegio electoral donde depositará su voto.” Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político.** p. 63.

interesses volitivos. Os interesses críticos são interesses normativos – assim como os princípios políticos do liberalismo[285] – que determinam que o bem estar crítico resulta melhorado quando um indivíduo obtém aquilo que *deveria* desejar. Já o bem estar relacionado aos interesses volitivos decorre da obtenção daquilo que o indivíduo *de fato deseja*. Observe-se que o bem estar baseado em interesses críticos tem uma dimensão objetiva que permite que o indivíduo possa estar enganado quanto aos seus próprios interesses críticos.

Há dois modelos deste valor crítico. Por um lado, o modelo do impacto que determina que o valor da boa vida relaciona-se com o impacto que provoca para o resto do mundo. Já para o modelo do desafio, o valor de uma boa vida relaciona-se com o valor inerente a uma vida realizada de forma correta, de acordo com a idéia aristotélica de um exercício executado com destreza. Dworkin defende este segundo modelo e alega que o modelo do impacto á contraditório com muitas concepções éticas que as pessoas defendem.

O modelo do desafio permite a solução de muitas questões acerca dos interesses críticos. Determina que a concepção sobre vida boa ou má a se viver deve basear-se em uma estrutura formal que visa permitir que cada um possa viver de acordo com as situações, talentos, satisfações, ou expectativas culturais próprias.

Ademais, responde ao problema dos interesses críticos remeterem, devido a sua normatividade e objetividade, a uma transcendência. Na verdade a ética, mais que transcendente, é indexada aos valores da própria cultura e às próprias circunstâncias. Disso não decorre que seja subjetivo. Os parâmetros indexados podem relacionar-se com questões culturais que se modificam de tempos em

---

[285] Estes determinam a comunidade política em que se deveria viver, enquanto os interesses críticos determinam como se deveria viver nela. Cf DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo**

tempos.

Para Dworkin, o bem-estar dos indivíduos está estreitamente relacionado com a moralidade, enquanto concepção do que é justo[286]. Neste sentido, o bem estar pessoal depende do modo como o indivíduo relaciona-se com os demais. [287] Para o liberalismo de Dworkin isto se relaciona estreitamente com a distribuição justa de recursos. Isto porque "Se viver bem significa responder de maneira adequada ao desafio adequado, então uma vida estará pior se não pode enfrentar-se ao desafio adequado. Isto explica porque a injustiça, por ela mesma, é ruim para as pessoas".[288]

Outra questão é determinar se importa para a determinação do que é uma boa vida que o indivíduo a entenda como tal. Dworkin responde que sim adotando o que ele chama de modelo constitutivo, ao contrário do aditivo que responde não à questão. O fato é que para a determinação da atuação diante do desafio importa a intenção do indivíduo. Não obstante, isso não implica a negação de paternalismo, desde que ele seja aceito pelo indivíduo, aceitação esta que parte do próprio exercício do indivíduo

Para a realização desta atitude em que importa os interesses críticos, sobre

---

político. p. 102.

[286]As pessoas aos observar as condições existentes e faltantes em suas vidas, determinam o que seriam limites e o que seriam parâmetros para a realização de uma vida boa. Os parâmetros, sendo idéias determinadas pelos indivíduos como boas para suas vidas podem ter uma conotação normativa. Neste sentido, os parâmetros se diferenciam em brandos e duros. Aqueles seriam aqueles que se não obtidos não inviabilizam diretamente o exercício – segundo o modelo do desafio – para a boa vida, eles podem ser compensados por outros parâmetros. Já os duros são indispensáveis para esta tarefa. A justiça é, nesta perspectiva, um padrão que alguns indivíduos conseguirão compensar com outros na sua falta, mas a maioria não conseguirá. Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político.** p. 129 e sgs.

[287]Para Dworkin, a ética em sentido lato se divide em dois elementos: por um lado a moralidade, que refere-se ao problema de como cada um deve tratar os demais, por outro lado a questão do bem-estar – ou ética em sentido estrito – que refere-se a como cada um deveria viver para ter uma boa vida. Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político.** p. 129..

os quais o indivíduo pode se enganar, e não se nega a importância do entendimento do indivíduo sobre boa vida, faz-se necessária a integridade ética, que corresponde à atitude de cada um de atuar de acordo com convicções, mas convicções capazes de resultar de reflexão, ser coerentes e estar aberta aos interesses proporcionados pelos outros.

E a partir do momento em que este indivíduo aceita uma forma de vida para si como boa, deve estar preparado para atuar conforme isto em sua vida. Desse modo, assim como cada indivíduo ao estabelecer conceitos sobre vida boa deve estar atento para estes aspectos, cada um, ao determinar o que é vida boa para o outro, deve preocupar-se com as convicções daquele ao estabelecer que tipo de vida deveria levar.

A ética, ainda na perspectiva do modelo do desafio, pode ser vista como uma questão mais social que individual. Isto porque em alguns aspectos há o que chama de prioridade ética, do que resulta o fato de importarem para o indivíduo os logros e experiências da comunidade à qual pertence e não apenas os seus próprios. Isto porque devido aos vínculos com outras pessoas, a prioridade ética é uma parte importante da vida em comunidade.

Os critérios para a realização desta transposição entre a ética, indivídual, e a política, concernente à vida coletiva, pode ser mais bem observada em uma crítica que Dworkin faz a Rawls, momento este em que estabelece os pressupostos para a realização da determinação dos princípios morais.

Dworkin defende, assim, três fundamentos em que sua teoria se desenvolve

---

[288288] "Si vivir bien signifique responder de manera adecuada al reto adecuado, entonces a una vida ke va peor si no puede enfrentar-se al reto adecuado. Eso explica porque la injusticia, por ella misma, es malo para la gente" Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político.** p. 137.

e que correspondem ao que chama de moralidade de fundo da teoria de Rawls.[289] Esses fundamentos têm um primeiro pressuposto, são buscados na deliberação de indivíduos.[290]

Na verdade, Dworkin considera que os princípios, representantes desta moralidade de fundo, são constitutivos de nossa capacidade moral em um nível mais profundo, não simplesmente como amplamente compartilhados por uma comunidade a que se destina de modo que seu abandono mudaria radicalmente a forma como raciocinam e argumentam sobre moralidade política. Considera, ao contrário, que:

> estes princípios são categorias inatas da moralidade comum a todos os homens, impressos em sua estrutura neural de modo que o homem não possa negar esses princípios sem abandonar o poder de raciocinar sobre a moralidade" Não obstante, Dworkin prefere trabalhar com a moralidade

---

[289] É o que conclui Dworkin em uma desconstrução da teoria de John Rawls em que irá defender critérios para determinar a existência de uma teoria moral de fundo que, afirma, fornece argumentos filosóficos para as idéias de Rawls e as torna mais fortes diante dos críticos Tais critérios, ao que indica, são adotados por Dworkin como seus próprios pressupostos teóricos Dworkin trabalha sobre a idéia de Rawls de que indivíduos na posição original – posição em que os indivíduos que ignoram a sua personalidade e sua posição na sociedade – seriam capazes de encontrar dois princípios como padrões de justiça para avaliar as instituições políticas concretas. Os princípios de justiça que defende, segundo Dworkin, são que "cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade política compatível com uma igual liberdade para todos, e que as desigualdades em termos de poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir a não ser na medida em que favoreçam o benefício absoluto dos membros em pior situação na sociedade" A defesa da igualdade como postulado básico, leva Dworkin a dialogar com John Rawls a ponto de buscar na teoria deste um fundamento último que esteja na igualdade. Argumenta que as categorias do equilíbrio reflexivo – que consiste, segundo Dworkin, em uma técnica que pressupõe que todos têm intuições sobre a correção de certas concepções de justiça, independentemente de outras convicções que tenham –, do contrato social – segundo Dworkin: acordo hipotético que reflete um poder de veto dos indivíduos sobre as decisões – e da posição original devem estar embasadas em alguma teoria política mais profunda que usa o contrato da posição original para sustentar os dois princípios defendidos por Rawls. Cf DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Sobre Rawls, vide LOIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls.** 2001

[290] "Imaginarei, portanto, que existe um grupo de homens e mulheres que descobrem, na leitura de Rawls que a posição original os atinge como uma noção intuitiva apropriada, a partir da qual pensam os problemas de justiça, e que a considerariam convincente se pudesse demonstrar que as partes colocadas na posição original realmente aceitariam o contrato com os dois princípios por ele descritos. Com base na experiência e na bibliografia existente, pressuponho que esse grupo inclui um grande número de pessoas que refletem sobre a justiça, e acho que pertenço a esse grupo. Quero descobrir as asserções ocultas que, dessa forma, pesam nas inclinações deste grupo." Cf. DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 248.

> menos profunda e por isso descreve a existência deste grupo no qual se inclui.[291]

Os critérios desta moralidade de fundo e que constituem os alicerces básicos da fundamentação da atuação da vida em comunidade para Dworkin e que acabam por definir a forma de influência moral no Direito são: um modelo construtivo de uma teoria da coerência da moralidade, uma teoria política baseada em direitos, que é coerente com aquela, e a igualdade.[292]

Para a determinação dos princípios da moralidade que devem reger a vida de uma comunidade, a teoria construtiva sobre a coerência da moralidade determina que os princípios desta não são simplesmente descobertos de uma teoria moral objetiva que deve se adequar para justificar de algum modo às teorias morais próprias de cada indivíduo, ignorando as contradições aparentes destas pela crença na existência de um princípio que as concilie, embora ainda não tenha sido descoberto[293].

Parte de outro viés, do pressuposto de que:

> homens e mulheres têm a responsabilidade de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação em um programa coerente de ação, ou pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre outros homens tenham este tipo de responsabilidade.[294]

A teoria construtiva exige que "as decisões tomadas em nome da justiça nunca extrapolem a capacidade de um funcionário explicá-las no contexto de uma teoria de justiça, mesmo quando tal teoria comprometa algumas de suas intuições.

---

[291] Esta revelação de um critério para determinar quais os princípios morais à revelia da constatação de Dworkin do caráter implacável destes, parece apontar para uma preocupação com a legitimidade, que, como se verá posteriormente, ele defende seja proveniente da cidadania, não podendo, portanto, tais princípios legitimamente partirem de uma ontologia moral.

[292] Na abordagem de Dworkin tais princípios ou teorias políticas correntes são respectivamente inerentes a cada um dos aspectos da teoria de Rawls, quais sejam: a técnica do equilíbrio reflexivo, o contrato social e a posição original.

[293] O que Dworkin chama de modelo natural.

[294] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 250. Posteriormente se verá como tal modelo é relacionado com o ideal de integridade defendido pelo autor.

Exige que atuemos com base em princípios e não por boa fé".[295] Este modelo, conforme defende Dworkin, não é contrário a uma ontologia moral, como visto, embora não a exija enquanto forma de raciocínio.

Tal modelo construtivista, afirma Dworkin, ajusta-se melhor a uma comunidade em que haja pluralidade de concepções morais[296], enquanto teoria própria da comunidade [297].

Observe-se que a idéia da teoria construtivista liga-se à atuação com integridade como forma de adequar os princípios éticos, individuais, à vida política e expressam uma forma de encontrar uma moralidade coerente que poderá reger a atuação política.

O segundo critério da teoria moral de fundo está na determinação da teoria para a justificação das decisões políticas. O modelo adotado por Dworkin é o da teoria baseada em direitos. Trata-se de uma forma de teoria moral deontológica – e não teleológica –, e contrapõe-se a teorias baseadas em metas e em deveres.

Saliente-se que cada um dos critérios utilizados para este fim, seja ele uma meta, direito ou dever, podem ainda ser justificados eles mesmos por uma meta, direito ou dever ainda mais básicos. Isto significa que as teorias irão se diferenciar

---

[295] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 252.

[296] Isso relaciona-se com uma diferença essencial na teoria natural e na teoria construtiva. Enquanto aquela deixa as observações da realidade moral em um ponto de vista privado, esta deixa em um ponto de vista mais público.

[297] Note-se que isto não significa que Dworkin prioriza a liberdade dos antigos, aquela liberdade de participação política como superior. A liberdade que prioriza é a dos modernos, que visa a proteção de direitos para que os indivíduos tenham sua autonomia moral e possam realizar por si seus ideais de bem. Os direitos são buscados na comunidade e desta forma são públicos, apenas na medida em que a comunidade os aceitou historicamente. Isto é, no decorrer da história e não em decorrência de uma deliberação pública localizada em determinado momento histórico especialmente apropriado para tanto. O que se quer dizer é que simplesmente é possível criar uma moralidade própria da comunidade como um todo. Da mesma forma, falar em ajustar-se às concepções plurais da sociedade não significa um tipo de acordo conciliatório que possa derivar desta deliberação localizada, porque a idéia de Dworkin é justamente o fornecimento de direitos iguais a todos de acordo com a concepção histórica da comunidade, e não de cada um de seus membros. Lembrando, ademais, que quando fala em pluralidade está a falar em pluralidade de concepções individuais e não

não apenas pelo critério que adotam, mas pela forma com a qual justificam este critério. Isto exprimirá o critério dominante de tal teoria.

As teorias baseadas em metas direcionam a promoção do bem estar do indivíduo apenas e de acordo com um determinado estado de coisas que estabelece como metas. Já as baseadas em deveres, embora visem diretamente o indivíduo, irão buscar, como essencial, a conformação de seu comportamento a determinados códigos de conduta.

A teoria baseada em diretos, a sua vez, coloca o indivíduo no centro e visa garantir a sua independência. Faz, assim como a dos deveres, "uso da idéia de regras morais, códigos de conduta a serem seguidos, em determinadas ocasiões, sem consultar o auto-interesse".[298] Mas, no caso da teoria dos direitos, o homem visado não é o que obedece, mas o que se beneficia da obediência do outro. Tal teoria prevê que os direitos individuais devem ser respeitados ainda que a custa de um ônus ao bem estar geral, diferentemente do que ocorre na sociedade de metas, em que os direitos são conformados a tais metas, que podem ser o alcance do bem estar geral.

Dworkin defende a existência de diretos naturais, que não são resultantes de uma legislação, convenção ou contrato hipotético. "Evidentemente qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume".[299] O fato é que a igualdade, enquanto pressuposto fundante da teoria de Dworkin, é um direito deste tipo.

---

de grupos. A idéia da formação dos direitos na comunidade será vista alhures, quando tratar da comunidade e do direito como integridade.

[298] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério** p. 267.

[299] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 274.

E em relação com o modelo construtivo, pode-se dizer que:

> no modelo construtivo, pelo menos, o pressuposto dos direitos naturais não é metafisicamente ambicioso. Exige apenas a hipótese de que o melhor programa político, no sentido desse modelo, é o que considera a proteção de certas escolhas individuais como fundamental, e não propriamente subordinada a qualquer meta ou dever, ou alguma combinação destes.[300]
>
> No modelo construtivo, o pressuposto de que os direitos são naturais neste sentido [como bases independentes para se julgar a legislação e o costume] é simplesmente um pressuposto a ser feito e examinado por sua capacidade de unificar e explicar nossas convicções políticas, uma decisão programática básica a ser submetida a esse teste de coerência e de experiência.[301]

A igualdade, neste sentido, é o pressuposto deste modelo baseado em direitos. É este tipo de direito natural de fundo que existe nestas teorias[302].

A adequação de Dworkin a este princípio é fundante e sua conclusão como princípio moral prévio a um acordo entre os indivíduos é essencial para a sua concepção de justiça.

Deste modo, os três elementos com que Dworkin irá trabalhar determinam que, em primeiro lugar, é necessária a determinação de uma moralidade, que irá ser pressuposto para a vida em comunidade e para a própria aplicação do Direito. Tal moralidade funda-se a partir de um modelo construtivista que visa a coerência na elaboração principiológica e não a adequação dos princípios a valores morais particulares. Por outro lado, a justificação das decisões políticas devem seguir argumentos que valorizem os direitos dos indivíduos e não deveres a eles imputados ou metas sociais específicas. O direito individual vale, portanto, acima de tudo e é determinado de acordo com um modelo capaz de estabelecer um rol coerente de princípios. Acima destes elementos e como pressupostos para a sua atuação está o

---

[300] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério.** p. 274.
[301] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 274.
[302] A igualdade é o último critério que Dworkin identifica e é ligado aos demais porque é concebido por Dworkin como o direito moral de fundo. No que concerne à teoria de Rawls, como este mesmo enseja, Dworkin mostra como tal princípio é antes um pressuposto do que uma decorrência da posição original.

princípio da igualdade. Estes são os postulados que irão nortear toda a fundamentação de Dworkin sobre a realização do Direito.

2.2.2.2 O liberalismo igualitário:

Apontados os que parecem ser, em linhas gerais, fundamentos essenciais para a teoria de Dworkin, é necessário destrinça-la para caracterizar o seu liberalismo de forma mais detalhada. Antes de tudo é necessário apontar o que ele entende por um direito num sentido forte, enquanto direito moral, e como a igualdade e a liberdade se enquadram neste sentido de direito.

Assevera que há um consenso sobre a existência de direitos morais sobre o governo e, embora aceite que diferentes teorias possam chegar a diversos direitos a partir de diferentes concepções sobre sua fundamentação, acredita que, ao menos, os direitos decorrentes de sua teoria sobre a fundamentação do Direito, os indivíduos possuem. Para tanto, baseia sua argumentação no conceito de igualdade.

Pressupõe que todos concordam com os seguintes postulados de moral política:

> O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, como pessoas capazes de tomar decisões inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direitos a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior que a de outro cidadão.[303].

Estes postulados em conjunto expressam uma concepção de liberalismo igualitário, que é uma concepção de igualdade e não de liberdade como licença.

A conseqüência direta disto é que o liberalismo, que serve de base para todo o pensamento do autor, caracteriza-se por tratar a liberdade como uma decorrência da igualdade dos indivíduos, de modo que não pode haver direito à liberdade sem uma igualdade prévia.

Para Dworkin isso decorre da necessidade de caracterização do sentido forte do direito à liberdade. Um direito a liberdade no sentido forte determina que há um direito, não apenas porque é do interesse do indivíduo, mas porque é uma prerrogativa sua. Um direito em sentido forte, na concepção de Dworkin, tem como conseqüência o fato de que o governo não pode privar o cidadão deste direito, ainda que em prol do bem estar da sociedade. Um governo que professa o reconhecimento dos direitos individuais: "Deve abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral".[304]

Com isso, a idéia de liberdade como licença, sobre a qual se fundamenta um Estado que não impõe limites à realização da vontade dos indivíduos, aquele em que se aceitam leis limitativas da liberdade apenas a fim de proteger liberdades de outros, não pode ser constituída como um verdadeiro direito à liberdade. A liberdade não é o único direito político e suas exigências devem ser limitadas. Ela, portanto, não pode ser simplesmente defendida como fim em si mesma, mas só é preciosa enquanto direito na medida em que sua violação gera a violação de outros interesses e valores que são importantes. Na verdade, assevera Dworkin, um direito à liberdade diferente deste sentido forte, não teria nenhuma força na argumentação

---

[303] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 419.
[304] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 313.

política. Diante disso, os diretos à liberdade existentes são aqueles que não contrastam com o ideal de igualdade.

O princípio da igualdade, traduzido na fórmula de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito divide-se em dois outros princípios na abordagem de Dworkin: o princípio de que todos devem ser tratados como iguais e o de que todos devem ter igual tratamento. No liberalismo, qualquer que seja a sua vertente, a posição política constitutiva, de acordo com Dworkin, reflete a primeira concepção de igualdade, sendo que a segunda é apenas uma posição derivada[305]. Desta argumentação não decorre que todos liberais e seus críticos, entre si e internamente, concordam quanto a quais elementos do liberalismo caracterizam-se como constitutivos e derivados, mas a defesa de Dworkin vai no sentido do princípio de que todos devem ser tratados como iguais.

O Liberalismo igualitário, segundo Dworkin, diferencia-se, neste sentido, do liberalismo neutral. Estas duas concepções são consideradas por ele, as duas concepções básicas de liberalismo. Embora concordem em combater a imposição de uma moralidade privada e em defender a maior igualdade sexual, política e econômica, divergem quanto a quais desses valores é fundamental e qual é derivado. Deste modo:

> o liberalismo baseado na neutralidade considera fundamental a idéia de que o governo não deve tomar partido em questões morais e apóia apenas as medidas igualitárias que sejam, comprovadamente, resultado desse princípio. O liberalismo baseado na igualdade considera fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade exige. [306]

---

[305] As posições políticas derivadas se caracterizam por não constituir a verdadeira essência do liberalismo, mas meios de concretização de suas "posições políticas constitutivas". São, portanto, próprias para concretizar o ideal liberal em determinada época já que vão possibilitar uma aplicação prática da teoria liberal. As posições políticas constitutivas, a seu turno, são aquelas que fazem parte do próprio conceito de liberalismo. Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Do original A matter of principle. p. 273.
[306] DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. p. 305.

Aquele, ademais:

> encontra sua defesa mais natural em alguma forma de ceticismo moral e o torna mais vulnerável à acusação de que o liberalismo é uma teoria negativa para pessoas sem compromisso[307]. Além disso, não oferece nenhum argumento eficaz contra justificativas utilitárias e outras justificativas contemporâneas para a desigualdade econômica.[308]

Já o liberalismo igualitário "não apresenta nenhum destes defeitos. Assenta sobre um compromisso positivo com uma moralidade igualitária e constitui, nessa moralidade, um firme contraste com a economia do privilégio".[309]

Feita esta diferenciação entre igualitários e neutrais, cabe aclarar porque Dworkin concebe o princípio de que todos devem ser tratados como iguais como moralidade constitutiva do liberalismo. Para tanto, Dworkin especifica as diferenças entre as concepções de liberais e de conservadores[310]. A exposição destas diferenças visa, ademais, demonstrar o que Dworkin entende por este princípio constitutivo, já que acredita que ele também é aceito pelos conservadores como tal, mas com significado diferente. Enfim, o que significa o princípio de que todos devem ser tratados como iguais, para os liberais, segundo a construção de Dworkin?

A opinião dos conservadores e liberais, sobre o que seja ser tratado como igual implica observar a.importância que imprimem ao mercado e à democracia, considerando-se que ambos concordam sobre a importância destes institutos. A

---

[307] Asserção esta que Dworkin visou negar, ao enfatizar que o liberalismo tem uma moralidade constitutiva e ela está embasada na igualdade.
[308] DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. p. 306.
[309] DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**.p. 306
[310] Na caracterização do liberalismo de pouco antes da guerra do Vietnã os liberais eram identificados como grupo que defendia certas opiniões políticas, liberais clássicas, às quais outro grupo, o dos conservadores, se opunha. Depois de um tempo de confusão entre o que seriam os ideais defendidos pelos intitulados liberais e conservadores, Dworkin defende que esta diferença volta ao debate político. Note-se que o liberalismo de que se trata é um liberalismo moderno, que não pode, neste sentido, ser remetido ao conceito de liberdade dos antigos tal como pretendem os comunitários. Neste sentido, observe-se em poucas palavras as características dos comunitaristas: defendem um sujeito historicamente situado e, não, universal; enfatizam a diversidade de identidades e culturas, têm a justiça como aplicação das regras de acordo com as especificidades de cada meio social. Para mais esclarecimentos Cf. FARIA, José Eduardo. Prefácio. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e**

diferença é que enquanto os liberais desprezam no mercado o fato de que diferenças moralmente irrelevantes, como o talento, influenciem na distribuição de riquezas, é justamente isso que os conservadores prezam nele.

Da mesma forma, enquanto para os conservadores é melhor uma democracia em que preferências externas possam ser expressas e convertidas em moralidade pública, os liberais rejeitam a influência destas preferências no processo democrático.[311] Os conservadores visam, com isso, segundo Dworkin, a proteção daquilo que consideram ter sido adquirido pelos indivíduos bem-sucedidos, como é o caso da propriedade.

Já para Dworkin, há uma ligação entre democracia e Estado de Direito que determina que:

> estes dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante não apenas porque a justiça pode ter falta ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público"[312]

Disso decorre que, diante das questões propensas a gerarem preferências externas, o liberalismo busca gerar um esquema de direitos civis que esteja fora do âmbito de decisão da maioria. A igualdade, neste contexto, deve servir para garantir que cada indivíduo seja tratado com igual consideração e respeito. Este ideal é pressuposto essencial do princípio fundamental e constitutivo do liberalismo enunciado sob a assertiva de que todos devem ser tratados como iguais, e quando este exigir, o de que devem ter igual tratamento.

Justiça distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999**.**

[311] Preferências externas são aquelas preferências que as pessoas têm sobre o modo como os outros devem levar as suas vidas

[312] DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Do original A matter of principle. p. 39.

Há, neste sentido, segundo Dworkin, dois princípios essenciais do liberalismo baseado na igualdade: Em uma dimensão social, ele requer que a ninguém seja imposto um sacrifício com base em argumento que implica o abandono do seu senso de igual valor. Daí a idéia de que o governo não deve impor a moralidade privada. Determina, ainda, em uma dimensão econômica, que nenhum cidadão pode ter menos de uma parcela igual dos recursos da comunidade apenas para que os outros possam ter mais daquilo que lhes falta.

Ademais, estabelece que ninguém pode ter riquezas diferentes em virtude de desvantagens iniciais, não se podendo, portanto, deixar esta questão simplesmente à lógica do mercado. Algumas correções aos resultados do mercado devem ser realizadas para suprir esta desigualdade inicial. Por outro lado, aceita que as pessoas tenham riquezas diferentes em virtude das escolhas que fizeram para o gasto de seus recursos.

Com isso, reitera-se que, apenas a partir do momento em que o ideal de que todos devem ser tratados como iguais exigir, é que se pode restringir um direito de liberdade. Neste sentido, uma liberdade, não a igualdade, pode ser restrita por questões de princípio, o que significa proteger-se o direito de um indivíduo que seria violado caso a liberdade de outro permanecesse.

Por outro lado, a liberdade, ainda que teoricamente, poderia sofrer restrições em prol de diretrizes políticas baseadas em argumentos de política utilitarista fundados em preferências pessoais – não externas - que se caracterizam como as preferências dos indivíduos no que concerne a suas próprias vidas.

Isto significa que, caso fosse possível distinguir as preferências pessoais das externas, seria possível restringir uma liberdade em prol de um benefício geral da comunidade, porque mais cidadãos teriam um número maior do que desejam para

si, e não para o outro. No entanto, sabe-se que é difícil uma política que permita a diferenciação entre argumentos baseados em preferências pessoais e aqueles baseados em preferências externas. E é neste caso que, contra a possibilidade de decisões moralistas baseadas em preferências externas, há a determinação de direitos civis acima dos quais não se pode decidir.

Nesta perspectiva:

> o conceito de direito político individual, no sentido antiutilitarista forte que distingui anteriormente, é uma resposta aos defeitos filosóficos de um utilitarismo que leva em conta as preferências externas e à impossibilidade prática de um utilitarismo que não as leve em conta. Ela nos permite desfrutar das instituições da democracia política que aplicam um utilitarismo genérico e não refinado, e ainda assim protegem o direito fundamental dos cidadãos a igual consideração e respeito ao proibir decisões que pareçam, previamente, terem sido tomadas provavelmente em virtude dos componentes externos das preferências reveladas pela democracia.[313]

Diante disso, o ideal de que todos devem ser tratados como iguais exige que as decisões do governo não sejam influenciadas por concepções particulares de viver bem, não podendo, ele, portanto, dar preferência a uma concepção em detrimento de outra, ainda que decidida pela maioria. O âmbito pessoal de vida de cada um fica, destarte, protegido pelos direitos civis contra a influência de preferências externas.

Sobre o assunto, observe-se a posição do autor com respeito à ação afirmativa. Para ele, o fato de se conceder uma quota de vagas nas universidades para estudantes negros é um instrumento necessário para reintegrar à sua existência direitos, manifestados por princípios, que os possibilite ter as mesmas oportunidades que os estudantes brancos.

Daí se depreende que o que se intenta com isso não é preservar a cultura negra e as suas concepções específicas de bem. Ao contrário, o que se pretende é

---

[313] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério.** p. 426.

que a este indivíduo sejam proporcionadas suficientes condições para o exercício da igualdade perante os demais a fim de que não seja mais identificado pela sua raça, mas que tenha possibilidade de construir de forma independente a sua vida de acordo com o seu ideal de bem. Neste sentido, possibilita-se que o indivíduo sinta-se membro da comunidade, de forma que ele e as comunidades menores que preza estarão em condições iguais de aproveitar os benefícios que a comunidade oferecer aos demais.

Assim, o que está em jogo ao se defender a ação afirmativa é a possibilidade de um indivíduo ter as mesmas condições que outro qualquer, isto é, que possa por si, realizar o seu ideal de bem. Esta concepção de Dworkin sobre as ações afirmativas enseja a inclusão de sua teoria na critica de que:

> Ainda que os liberais igualitaristas, como Rawls, já admitam a garantia de um certo número de direitos sociais e econômicos mínimos, como condição ao próprio exercício dos direitos individuais, continuam enquadrados na cena crítica, por patrocinam concepções hauridas, na teoria, em uma racionalidade abstrata dissociada da realidade, isto é, da substância comunitária subjacente, imputando ao indivíduo autônomo papel apriorístico.[314]

Não obstante, como se verá alhures, Dworkin funda os princípios em um modelo de construção histórica na comunidade, embora tenha uma compreensão específica sobre a vida comunitária.

A verdade é que Dworkin demonstra aceitar e defender a proteção de determinados direitos que podem ser identificados como sociais, mas não os identifica ele mesmo como tais. Dworkin prescreve que se façam políticas e não impede que os Estados trabalhem com regras neste sentido, mas sua prescrição se dá não porque são direitos sociais, não para favorecer ou reconhecer determinados direitos de grupos, mas porque a sua negação provocaria o ferimento de direitos

individuais. Deste modo, determina que os Estados são livres para estabelecer suas políticas e regras, mas livres na medida em que elas não ofendam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste contexto, segundo a sua teoria, a redistribuição é necessária para manter a igual consideração e respeito dos indivíduos, para que se sintam verdadeiramente membros de uma comunidade.

Com efeito, preservar a possibilidade de uma vida digna é princípio que está por trás de determinados direitos sociais, que, portanto, não estão ligados a uma especial concepção de bem comum, embora possam ser direitos de um grupo específico. Isto porque são, antes, derivados de uma necessidade de dignidade pertencente a todos. Trata-se, assim, de uma discussão concernente a condições mínimas que devem ser conferidas aos indivíduos que permitam a luta de cada um por seus ideais. Trata-se, destarte, de uma questão de direito individual e não de bem público.

Ter uma vida digna, para o autor significa:

> que as pessoas têm direito a não sofrer a indignidade, a não ser tratadas da maneira que em suas culturas ou comunidades se entende como uma mostra de carência de respeito. Qualquer sociedade civilizada tem padrões e convenções que definem esta classe de indignidade e que diferem de lugar a lugar e de época em época.[315]

A dignidade, ademais, "exige que a comunidade disponha de qualquer recurso que seja necessário para assegurá-la".[316]

Assumir a importância da dignidade é admitir a necessidade de

---

[314] SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (Org.) p. 206.

[315] DWORKIN, R. El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la **libertad individual.** Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998.p. 305.

[316] DWORKIN, R. **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.** Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998. Original Inglês, p. 306.

reconhecimento, não necessariamente promoção, dos interesses especiais do indivíduo, interesses críticos, pelos quais ele é capaz de determinar o valor intrínseco da sua vida como um todo. O que se exige é que se trate o indivíduo como fim e não meio.[317]

Há, portanto, na questão da dignidade por um lado os valores que a sociedade considera como indignos e que variam conforme os lugares e o tempo. Por outro lado, há a necessidade de reconhecimento dos interesses críticos do indivíduo.

Como se viu, o liberalismo de Dworkin defende a existência de direitos morais dos indivíduos contra o Estado. Direitos, estes, relacionados à igualdade e à dignidade humanas e que visam proteger o indivíduo frente à atuação estatal.

No final ou no começo de cada capítulo fazer comparações sobre as duas concepções. Ex quanto aos fundamentos, o Dw acredita em uma ontologia ética, embora como legitimidade prefira a aprovação do povo. Já Ferrajoli prefere a afirmação histórica dos direitos fundamentais, sem determinar um critério específico para legitimidade, acaba levando o problema para uma questão de fundamentos, o que não é muito diferente de Dworkin porque a legitimidade decorre do povo mas acaba afirmando os seus fundamentos. A semelhança de ambos é que os preceitos resultantes da fundamentação são decorrentes de uma afirmação ou reconhecimento histórico deles.

2.2.3 Estado e legitimidade:

---

[317] Esta valorização do indivíduo como fim remete a Kant. Sobre o assunto vide SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto

2.2.3.1 . A comunidade de princípios.

O problema da comunidade de princípios surge a partir da necessidade de coordenar o mister de legitimidade da atuação estatal em uma sociedade. Para Dworkin, a questão da legitimidade está estreitamente relacionada com a possibilidade de imposição de uma obrigação política por um Estado aos seus cidadãos.

Com efeito, Dworkin critica John Rawls justamente porque seus critérios para determinação de princípios de justiça não são aptos a fornecer um padrão de legitimidade, pois não são capazes de fazer uma ligação entre a obrigação política dos indivíduos e a comunidade a que pertencem. Dworkin afirma:

> Não consegue mostrar como a legitimidade decorre da cidadania e a define. Essa objeção se distancia da justiça, que é conceitualmente universalista, e se volta para a integridade[318], que já é mais pessoal nas diferentes exigências que impõem a diferentes comunidades, como origem primeira da legitimidade.[319]

A partir desta constatação, Dworkin irá sustentar que o melhor modelo de legitimidade é aquele que se baseia em uma forma de obrigação associativa de uma comunidade fraternal e irá demonstrar como uma obrigação associativa torna-se uma obrigação política a partir de uma comunidade de princípios, que aceita a integridade, já que esta representa o modelo de comunidade política que, segundo Dworkin, obedece aos requisitos de existência de uma associação fraternal. Requisitos estes presentes normalmente em outras comunidades associativas, como a família. Assim, a melhor defesa da legitimidade é entendida como uma questão de

---

Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50 e sgs.

[318] A integridade é o aspecto essencial do modelo de legitimidade de Dworkin, conforme se verá a seguir.

[319] DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 234.

fraternidade.

Estes requisitos, destarte, refletem-se em alguns princípios morais básicos, apontados por Dworkin como pressupostos essenciais para caracterização de uma comunidade em que exista uma obrigação política dos cidadãos de obedecer as suas regras e que, portanto, tenha legitimidade sobre as regras que impõe bem como justifique o monopólio da força coercitiva que detém.

Conforme se pode inferir, Dworkin acaba por identificar tais critérios com os ideais do liberalismo igualitário, que vêm, assim, para embasar este modelo de comunidade[320]. São, portanto, fundamentos prévios e necessários para a legitimidade dos ideais da vida em comunidade, tal como a teoria de Dworkin defende seja caracterizada a legitimidade. Estes princípios pressupostos, ao que indica Dworkin, são decorrentes de um consenso prévio dos indivíduos[321].

Neste sentido, Dworkin parte do conceito de uma comunidade básica até chegar ao modelo de uma comunidade que, cumprindo os pressupostos para a existência de uma verdadeira comunidade, se mostra mais bem adequada a este modelo de comunidade legítima.

A caracterização de uma comunidade básica se dá a partir do momento em que se reconhecem condições genéticas, geográficas ou históricas identificadas, pela prática social, como capazes de gerar uma comunidade fraternal – que é a comunidade que cumpre os pré-requisitos determinados por Dworkin, conforme segue. Isto independentemente de um laço emocional ou da sua completa voluntariedade.

---

[320] Já na primeira parte desta exposição sobre Dworkin assinalou-se como os princípios do liberalismo determinam o tipo de comunidade em que se deve viver. Vide primeira parte da exposição sobre Dworkin.

Para a caracterização de uma comunidade fraternal, por sua vez, para além dos pressupostos da comunidade básica, os indivíduos da comunidade devem atuar de uma forma específica com relação às responsabilidades decorrentes do fato de se pertencer a um grupo biológico ou social. Esta atuação representa, ademais, os requisitos para a existência de uma obrigação associativa, isto é, aquela existente em uma comunidade fraternal. Dworkin defende, como visto, que a obrigação política dos indivíduos é um tipo de obrigação associativa que esteja de acordo com estes requisitos.

A existência desta obrigação pressupõe, necessariamente, *a reciprocidade*, o que significa que, a partir do momento em que um indivíduo se enquadra em uma determinada comunidade, ele está sujeito e sujeita os demais a uma concepção própria desta comunidade que diz respeito a determinadas obrigações, direitos e sacrifícios que todos os que pertencem a ela devem seguir. Em suma, a incorporação a um grupo pressupõe determinadas responsabilidades próprias deste grupo e que cada um deve por em prática no seu mútuo relacionamento.

Estas responsabilidades recíprocas, para existirem e serem consideradas fraternais, reclamam o cumprimento de algumas condições relacionadas aos membros do grupo. Estes devem considerar as obrigações do grupo como *especiais*, isto é, decorrentes da condição de membro do grupo, e assim distintivas das de outros grupos. A partir desta característica ver-se-á que cada comunidade tem sua concepção especial de justiça e equidade

Além disso, as obrigações associativas são *pessoais*, isto é, relacionadas de um membro a outro. São, ademais, *decorrentes de uma responsabilidade mais*

---

[321] Observe-se as considerações já anotadas sobre a constatação de Dworkin sobre a igualdade quando determina que todos concordam sobre alguns postulados de moral política. falar que este

geral, que se manifesta no interesse que cada um dos membros do grupo deve ter pelo bem estar dos demais. Este interesse geral muda para cada tipo de associação. São, por fim, *de igual interesse de todos,* i.é, a vida de uma pessoa não é mais importante que a de outra.

A inclusão de um membro em uma comunidade[322] e as condições apontadas para tanto podem ser remetidas àquilo que o autor já defendia no livro "uma questão de princípio", ao situar o seu liberalismo na igualdade e ao analisar os critérios liberais para a distribuição de bens. Neste sentido, Dworkin parte da constatação de que não é um ideal uma radical distribuição igualitária de recursos, sendo saudável que os indivíduos arquem com determinados ônus em prol do benefício da comunidade, como é o caso do investimento cultural. O desvio de uma igualdade de recursos, neste sentido, pode ser realizado, o que está em questão é "que razões para o desvio são compatíveis com o igual interesse e respeito".[323] Essa abordagem retorna à ênfase, já apontada, que Dworkin dá à necessidade de que o mercado não deve por si regular a vida dos indivíduos e que em prol da igual consideração e respeito, deve-se interferir na sua livre distribuição.

O fato é que os indivíduos têm diferentes ideais de bem, fundados em diferentes concepções de justiça e equidade. O que se pretende sublinhar é a partir de que fundamentos pode-se dizer que os indivíduos devem arcar com ônus em prol da comunidade, a partir de que justificativas é legítimo que os ideais de justiça e

---

consenso remete a um modelo construtivista e colocar a parte em que se fala disto.

[322] É justamente nesta construção que Dworkin parece demonstrar como os ideais do liberalismo enquanto determinantes de direitos morais dos cidadãos, quando não cumpridos não caracterizam o indivíduo como membro da comunidade e não impõe, portanto, a obrigação moral de cumprimento das regras desta comunidade. O que deve ser levado em consideração, porque um Estado que valoriza os direitos dos cidadãos não pode ignorar que haja esta possibilidade de desobediência com fundamento em direitos morais.

[323] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 311.

equidade de um indivíduo sejam privados em prol dos ideais da comunidade.

Para tal justificativa, Dworkin aponta a necessidade de valorizar a condição ativa dos seus membros e determina que ela, que abrange participação política, econômica e cultural, é essencial para que as pessoas sejam tratadas com igualdade. Para isto, considera como necessária uma distribuição econômica diferenciada direcionada para a priorização da realização de duas condições para que um indivíduo, com noção de seu valor, sinta-se membro de uma comunidade.

Estas condições, ressalte-se, são os limites impostos às escolhas de um governo que respeite a igualdade e, portanto, não devem ser ultrapassados se houverem outras possibilidades. São eles: 1) A vida do indivíduo deve se valer dos atrativos da comunidade e contribuir para elas. 2) O futuro pelo qual o indivíduo deve se sacrificar deve beneficiar, ao menos em igualdade, às comunidades menores, pelas quais o indivíduo sinta-se especialmente responsável. Sejam elas relativas à família, à raça (isso for importante para ele), etc.

Dworkin finaliza afirmando que:

> Se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça do presente – obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual são excluídos em todos os sentidos -, então devemos rejeitar este futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como o nosso futuro.[324]

Diante disso, fica enfatizada a necessidade do pertencimento de um indivíduo a uma comunidade, o que se determina de acordo com os pressupostos afirmados, para que seus ideais individuais de justiça e equidade possam ser sacrificados em nome dela.

A conseqüência para uma comunidade que não respeita estes princípios morais dos indivíduos – pressupostos para o próprio pertencimento a uma

---

[324] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 317.

comunidade – é a necessidade de aceitação pelo Estado da possibilidade de desobediência civil. A ruptura destes padrões pela moralidade estatal, pelo legislativo ou pelos próprios precedentes, autoriza o juiz a romper com estas regras e aplicar o direito moral de fundo dos cidadãos.

Para adequar-se às exigências reclamadas pelo modelo de comunidade fraternal, dentre três modelos de comunidade política, apenas um é considerado adequado por Dworkin. Estes modelos se diferenciam pelo modo como os seus membros atuam entre si, pelas diferentes práticas políticas que adotam, são eles: o modelo da circunstância de fato, o modelo das regras e o modelo dos princípios.

No primeiro modelo a comunidade está reunida, como o nome denuncia, apenas devido a circunstâncias de fato, no segundo, seus membros assumem o compromisso de obedecer determinadas regras que sejam determinadas por um modo específico.

Já no modelo de princípios, as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns. Há um constante debate na comunidade sobre quais os significados de equidade, justiça e devido processo, e a concepção de princípios adotada será aquela que reflita uma opção histórica desta comunidade e é desta opção que decorrem as obrigações. Cada um de seus membros aceita os princípios da comunidade, independente de acreditar que os de outra são melhores.

Este modelo de comunidade é o modelo aceito por Dworkin porque é o que para ele melhor se conforma ao modelo de comunidade fraternal que defende como o modelo ideal para a comunidade em uma sociedade pluralista[325].

---

[325] O conceito de pluralismo, para Dworkin, relaciona-se aos indivíduos. Ele pressupõe que cada indivíduo em uma comunidade pode ter uma concepção diferente do que seja justiça e equidade. É diferente, portanto, de afirmar que em uma comunidade há grupos com diferentes concepções de bem.

Neste contexto, Dworkin afirma: “Eu sustentarei que se a tolerância liberal for entendida contra o pano de fundo da concepção de igualdade que venho definindo, então esta tolerância é não somente consistente com o mais atrativo modelo de comunidade, mas indispensável a ele”.[326]

Esta defesa de Dworkin surge como reação ao ataque feito por diferentes teorias ao seu modelo de comunidade. Define tais teorias como aquelas que defendem como modelos de comunidade, respectivamente: um grupo político em que as decisões da maioria determinam as regras da sociedade; uma comunidade em que cada membro é responsável pelo bem-estar dos demais; uma comunidade da qual os indivíduos dependem de diversas formas –material, intelectual e economicamente – e que, desta forma, rejeita o atomismo, já que os seus benefícios não podem ser reduzidos aos dos seus cidadãos um a um e por fim, uma comunidade que se caracteriza não só como tendo vida independentemente do indivíduo, mas como prioridade a ele de modo que o valor da vida de cada um é um reflexo da vida da comunidade em que vive.

Dworkin rejeita todas estas concepções de comunidade e defende que não pensa que

> pessoas não podem se identificar plenamente com a sua própria comunidade política, ou que a completa identificação é impossível porque as condições para tanto não podem ser encontradas. Argumentei, antes, por um particular ponto de vista sobre o que a identificação com a comunidade significa. Cidadãos se identificam com suas comunidades quando eles reconhecem que a comunidade tem uma vida comunitária, e que o sucesso ou o fracasso de suas próprias vidas é eticamente dependente do sucesso ou fracasso dessa vida comunitária. Então o que

---

[326] “I shall argue that if liberal tolerance is understood against the background of the conception of equality I have been defining, then such tolerance is not only consistent, with the most attractive conception of community, but is indispensable to it.” (tradução livre)Cf. DWORKIN, R. Liberal Community. In: _____ **Sovereign Virtue. The theory and practice of equality.** Massachusets: Harvard University Press, 2000. p. 211.

> conta como completa identificação depende do que se entende seja uma vida comunitária.[327]

Segundo Dworkin, a vida comunitária de uma comunidade política reside nos seus atos políticos: na legislação, na adjudicação, na execução além de em outras funções executivas do governo. A vida individual está relacionada à vida pública de modo que os cidadãos não farão lobbies para que tenham os seus próprios interesses privados realizados de alguma forma, mas de forma que os indivíduos estejam conscientes de que sua própria vida será diminuída se viverem em uma comunidade injusta. "Esta fusão entre moralidade política e interesses pessoais críticos, parece, a mim, ser o verdadeiro nervo do republicanismo cívico, o importante modo pelo qual os cidadãos individuais poderiam fundir seus interesses e personalidade na comunidade política".[328].

Dworkin defende, com isso, que se todos tratarem a todos com igualdade e souberem que isto é recíproco, haverá um grau de estabilidade e legitimidade na comunidade, ainda que seus membros discordem sobre o que é justiça.

2.2.3.2 Integridade e princípios:

Esse modelo de sociedade como uma comunidade que segue um padrão de justiça que é diferente de seus membros se realiza pelo ideal de integridade, para

---

[327] "I have not said that people should not fully identify with their political community, or that full identification is impossible because its conditions cannot be met. I have argued rather for a particular view of that identifying with community means. Citizens identify with their political community when they recognize that the community has a communal life, and that the success or failure of their own lives its ethically dependent on the success or failure of that communal life. So what counts as a full identification depends on what the communal life is understood to be." (tradução livre) Cf DWORKIN, R. Liberal Community. In: _____ **Sovereign Virtue. The theory and practice of equality.**

[328] That fusion of political morality and critical self-interest seems to me to be the true nerve of civic republicanism, the important way in which individual citizens should merge their interests and

cuja efetivação o modelo da comunidade de princípios é o único dos três modelos que é adequado. A comunidade de princípios aceita a integridade como virtude política. Neste sentido Dworkin defende como a integridade conforma o melhor modelo para legitimidade do Estado.

A comunidade, como já afirmado, é mais bem estabelecida por princípios. Isto porque eles possibilitam de forma mais eficiente que as decisões tomadas por ela para uma situação específica sejam, em situações similares, fundamentadas pelo mesmo padrão de justiça. É na noção de comunidade de princípios, enquanto comunidade fraternal, que, acima das divergências entre os ideais políticos da equidade e da justiça, impõe-se a integridade.

A Integridade consiste em uma atuação com relação às leis que leve em conta uma específica moralidade política, analogamente ligada à moral pessoal. Na esfera pessoal ela significa tomar decisões com relação às outras pessoas de acordo com uma moralidade que permeia a própria vida do indivíduo que decide.

No campo político:

> a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo [a mesma atitude que se exige no campo pessoal, mutatis mutandis] do Estado e da Comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade.[329]

Não importa, portanto as concepções de bem dos indivíduos em determinada sociedade. Esta confluência de princípios coerentes, embora impossível na prática, segundo o próprio Dworkin, é um ideal político que deve ser perseguido.

---

personality into political community." (tradução livre) Cf. DWORKIN, R. Liberal Community. In: _____ **Sovereign Virtue. The theory and practice of equality.** p. 233.

[329] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.São Paulo: Martins Fontes, 1999. Do original Law's empire.p. 202.

A coerência, note-se, não significa apenas que um rol de decisões do Estado deve ser repetido futuramente em casos semelhantes, mais do que isso, significa "coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome deste princípio".[330]

Neste sentido, a proposta de Dworkin permite, primeiramente, e conforme ele mesmo defende, a garantia de uma igualdade formal aos indivíduos, e, ao que parece, uma igualdade formal muito melhor fundamentada, porque exige que a sociedade, o legislativo e o judiciário sejam conduzidos em suas atuações em conformidade, não com um simples rol arbitrário de regras, mas com princípios de justiça construídos historicamente por eles próprios e que se afirmam porque caracterizam o próprio âmbito de justificação das regras.

O que se conclui de tal coerência, é que ela permite que as decisões sobre as regras não sejam apenas baseadas em explicações retiradas da moralidade própria dos juízes sobre o porque da escolha de determinada regra. A regra, neste sentido, deixa de ser a instância de justificação e de garantia de igualdade formal e passa esta tarefa para os princípios de fundo.

A integridade exige, tal como as práticas políticas norte-americanas a aceitam, segundo Dworkin, que se deve seguir um padrão específico de justiça e não deixar sua determinação realizar-se por negociações em sistemas conciliatórios de direitos, que se caracterizam por deixar a justificação das leis ser realizada "somente com base numa distribuição eqüitativa do poder político entre as diferentes facções morais".[331]

Tais sistemas conciliatórios, afirma, ainda que considerados eqüitativos,

---

[330] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 139.
[331] DWORKIN, R. **O império do direito** p. 217.

podem ser arbitrários já que podem aplicar diferentes padrões de justiça em diferentes ocasiões, o que Dworkin rejeita. Sua proposta é a fundamentação da decisão coletiva conforme algum princípio e que este princípio seja coerente, ainda que cada ponto de vista deva ter voz no processo de deliberação. Assim, Dworkin não avaliza um sistema em que o "Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeita-los para justificar o restante".[332]

Na proposta de Dworkin, portanto, são os princípios que comandam a atuação conforme a integridade porque permitem coerência nas decisões do Estado. Eles, contudo, não podem surgir do nada. A partir da negação de que tais princípios decorram das diferentes concepções de bem sociais, Dworkin determina que eles fazem parte de uma moralidade Estatal, ainda que o Estado, concretamente, não seja um indivíduo com uma vontade própria por natureza, capaz de pautar por si a sua atuação com relação a outros.

A solução trazida por Dworkin, utiliza-se, diante disso, do conceito de comunidade personificada**.** Esta serve para instrumentalizar a realização da integridade como ideal político e permitir que o Estado passe a ser considerado um ente que tem influência e responsabilidade morais próprias, isto é, cuja moralidade pode ser diferente da dos seus dirigentes ou cidadãos (mesmo que em maioria), podendo, portanto, ter suas próprias convicções a respeito dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal[333].

Quando se fala em personificação, é diferente de falar de descoberta, porque "reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica

---

[332] DWORKIN, R. **O império do direito** p. 233.

independente, que ela própria é uma criação as práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve".[334]

A recomendação dos princípios como modelos para a integridade é feita por acreditar que:

> Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que se propõe a tomar.[335]

Os princípios decorrentes da moralidade estatal são percebidos – assim como no caso dos indivíduos, na sua atuação de vida – na sua atuação legislativa e judiciária. Assim, a integridade se divide em outros dois princípios, práticos. O princípio da integridade na legislação e o da integridade no julgamento. Segundo aquele, os criadores do Direito devem tentar manter uma coerência principiológica na elaboração da lei. Segundo este, os intérpretes da lei devem buscar a coerência entre a lei, editada com integridade, e os princípios decorrentes dos precedentes, conforme melhor se explicará a seguir.

> Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos estes fatores com as práticas morais contemporâneas e a um grande número de padrões do mesmo tipo.[336]

Esclareça-se agora estas questões. Na esfera legislativa, a integridade passa a ser um ideal político, juntamente com a equidade, a justiça e o devido processo legal, estes ideais que são compartilhados pela teoria política e Dworkin os avaliza.

---

[333] Estes princípios que como se verá adiante, são recomendados por Dworkin, como aceitos pela comunidade política em geral.
[334] DWORKIN, R. **O império do direito**. p. 208.
[335] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério** p. 137.
[336] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 65.

Por equidade, Dworkin entende a necessidade de que a que a cada um seja dado o direito de ter a mesma influência nas decisões daqueles que os governam (visa métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado) A justiça, por seu turno, relaciona-se ao resultado material das decisões, e tem sua virtuosidade notada, segundo Dworkin, pela capacidade de proteger as liberdades civis e distribuir os recursos materiais de forma que seja moralmente justificável. O devido processo legal, por fim, diz respeito à utilização correta dos procedimentos usados para julgar os indivíduos.

A integridade, enquanto exigência de atuação conforme princípios, interage com os demais ideais políticos prescrevendo que se apliquem os princípios que justificam a autoridade da legislatura ao se decidir o que significa a lei que a sancionou (integridade na equidade), que os princípios morais que justificam as decisões do legislativo sejam reconhecidas pelo resto do Direito (integridade da justiça) e que os procedimentos previstos para os julgamentos sejam aplicados (integridade do devido processo legal).

Na política utópica, não há conflito entre justiça e equidade porque todas as decisões são justas e imparciais. Já na política comum, pode haver este conflito. A integridade é a possibilidade apresentada por Dworkin para sua resolução, o que não significa que ela mesma não entre em confronto com estes ideais. Ela "pode exigir que apoiemos uma legislação que consideraríamos inadequada numa sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconheçamos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam".[337]

Isso reflete, como já dito, que a integridade existe como moralidade própria do Estado e, portanto, é alheia aos valores particulares de cada um dos membros da

comunidade. Privilegia-se, à escolha deliberada e atual da comunidade, a sua escolha histórica de princípios de justiça e equidade[338]. A governabilidade por um rol de princípios, oportunizada pelo ideal de integridade, permite que se tenha maior alcance temporal, e, portanto, é adequada a este tipo de acordo histórico, visto que os princípios podem melhor adaptar-se às contingências históricas.

Ao considerar o modelo de comunidade de princípios embasado na integridade como a melhor defesa da legitimidade política, Dworkin defende que esta legitimidade surge a partir da aceitação da integridade como uma virtude política[339] pelos membros da comunidade, o que se dá pela atuação em conformidade a seus princípios.

Neste contexto, pode-se dizer que uma obrigação política é gerada especificamente quando há "fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como sistema da comunidade a qual pertence".[340]

A atuação dos cidadãos conforme as regras de integridade não simplesmente fundamenta a legitimidade e a coerção estatal destes ideais. Ela confere aos cidadãos uma função relevante no desenvolvimento das normas da comunidade e destarte, na mudança da organização do Estado. Isto se dá através da exteriorização da atuação da moralidade Estatal entre os indivíduos, momento em que representam a sua interpretação sobre a organização da justiça que os rege. O valor destas influências se percebe na atuação das pessoas de boa-fé.

---

[337] DWORKIN, R. **O império do direito**. p. 214.
[338] Veja-se que a escolha de princípios de justiça e equidade para a moralidade da comunidade é feita de acordo com uma valorização da escolha histórica da própria comunidade por estes princípios e que embora Dworkin não enquadre esta escolha em um modelo de deliberação pública conciliatória, também não se fundamenta na origem metafísica destes princípios.
[339] Ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal.
[340] DWORKIN, R. **O império do direito**. p. 231.

A constituição do ideal de integridade a partir de princípios permite que, além da possibilidade de maior resistência às contingências, e também por isso, os princípios transitem pela comunidade e sejam atuados por ela de acordo com os ideais que esta os imprimir no decorrer da sua história. Assim, se permite o debate político público sobre as concepções de equidade, justiça e devido processo legal. Isto é diferente de se permitir que cada indivíduo, em cada caso concreto, tenha poder de opinar sobre a resposta que considera adequada. O trabalho da comunidade na integridade contribui para a geração, conseqüentemente, da maturação histórica de seus princípios e do aperfeiçoamento das instituições.

Lembre-se que o momento culminante da atuação do ideal de integridade política é a manifestação do legislador na elaboração coerente dos princípios que irão reger a atuação do Estado e da comunidade. Tal legislação deve adequar-se aos princípios morais que, a seu turno, Dworkin recomenda sejam estabilizados na Constituição.

Neste sentido, a inclusão dos direitos morais na Constituição é essencialmente importante, ainda que nem todos os direitos morais dos indivíduos estejam nela inclusos. Dworkin defende que há um parâmetro de equidade conveniente à Constituição e que determina que a equidade

> requer que a interpretação de alguma cláusula seja fortemente apenada se se basear em princípios de justiça que não têm nenhuma influência na história e na cultura norte-americanas, que não tenham desempenhado papel algum na retórica da autocrítica e do debate nacional.[341]

Aqui se pode notar que a Constituição desempenha uma instância de compromisso entre os direitos morais conquistados historicamente pela comunidade, e que nela Dworkin pretende estejam inseridos, e a aplicação do Direito. “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma

lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens".[342]

Dworkin afirma, ainda, que não se pode simplesmente pensar que a Constituição possa dar conta de todos os direitos morais. Para ele, ela acrescenta algo à proteção dos direitos morais contra o governo, mas:

> está longe de garantir estes diretos, ou mesmo estabelecer quais são eles. Isso significa que, em determinadas ocasiões, uma outra instância que não o legislativo terá a última palavra nestas questões, o que dificilmente poderá satisfazer alguém que considere que tal instância esteja profundamente equivocada.[343]

Não obstante, Dworkin esclarece:

> Não afirmei que cada nação deve ter uma Constituição escrita com disposições abstratas sobre direitos individuais, ou que cada uma dessas constituições deve ser interpretada por um tribunal cujos juízes são escolhidos do mesmo modo que os juízes da Suprema Corte. Muitos outros arranjos são possíveis além desses que permeiam a prática jurídica norte americana, e alguns podem ser muito melhores do ponto de vista da teoria ideal.[344]

2.2.4 Direito:

2.2.4.1 . A Integridade e a atuação judicial:

A elaboração de Dworkin sobre princípios vem de encontro ao posicionamento de H. L. A. Hart de que em casos de difícil solução, em que a lei, determinada pela regra de reconhecimento[345], não oferecesse soluções, caberia à

---

[341] DWORKIN, R. **O império do direito.** p. 451.
[342] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 285.
[343] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 286.
[344] DWORKIN, R. **O império do direito**. p. 452.
[345] Trata-se de uma regra secundária – sendo que as regras primárias são aquelas que prescrevem condutas – isto é, uma regra dentre aquelas que "Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas, e alteradas, bem como o facto (sic) de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável" HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 2001. p. 104.De acordo

discricionariedade[346] do juiz a determinação do Direito para o caso concreto.

Dworkin discorda da possibilidade positivista de discricionariedade neste sentido, afirmando que este comportamento refletiria a realização de legislação após o fato, pelo juiz[347]. Para substituir este modelo, Dworkin propõe a possibilidade de, em casos difíceis[348], resolver pela aplicação de princípios. A partir deste ponto rejeita a possibilidade de determinação do Direito pela regra de reconhecimento, considerando que ela seria apenas capaz de reconhecer regras secundárias[349], aquelas que dizem respeito aos critérios formais de determinação do Direito, e não os princípios.

Para o autor, em um caso difícil, o juiz deve recorrer a princípios, diretrizes políticas e outros padrões, sendo os dois primeiros os fundamentos essenciais da

---

com a função as regras secundárias são chamadas: regra de reconhecimento, de alteração e de julgamento. A regra de reconhecimento é uma regra que visa determinar qual o critério aceito pela sociedade como aquele que determina o que é uma regra do sistema. Para Hart, este critério é determinado por um observador externo, que não necessariamente aceita as regras do sistema, mas que é capaz de apontar qual é a regra que as determina.

[346] Neste sentido, quando Dworkin afirma que é possível encontrar uma resposta correta para cada caso, indica determinar, não que haja uma resposta porque algum critério sobre o fundamento do Direito determinou, mas visa combater a tese segundo a qual os juízes devem decidir discricionariamente casos em que tais critérios sejam vagos. Além da não aceitação de tais critérios como evidências do que é o Direito, como já visto, Dworkin afirma que é possível buscar uma resposta para os casos através de princípios que não sejam simplesmente tirados da moralidade própria de determinado juiz, mas que sejam justificados por alguma teoria capaz de defendê-los. Além disso, a busca por uma resposta correta por um juiz Hércules reflete dois fatores do pensamento de Dworkin: em um primeiro momento a busca por uma moralidade correta que não seja qualquer moralidade, e em segundo momento a crença assumida em uma ontologia-ética, que por questões de legitimidade não utiliza diretamente para justificativa da Moral, preconizando o modelo construtivista que, segundo ele, levará ao mesmo resultado.

[347] Note-se que embora Dworkin aceite que as questões sobre direitos não terminam na legislação, a sua abordagem não permite a discricionariedade. Para isso fundamenta-se na integridade como forma de interpretação que garante nos princípios a igualdade formal.

[348] Para Hart os casos difíceis denotam uma situação em que as regras do sistema jurídico não têm alcance, o que permite ao juiz a discricionariedade. Já para Dworkin, embora afirme que ainda que não haja direito legislado ou costumeiro há uma parte que tem o direito de ganhar a causa, defende que não importa se há lacunas ou não no direito, visto que a aplicação de seus critérios de interpretação também pode ser realizada aos casos fáceis e também em hipóteses em que haja uma questão de moralidade forte que este direito posto esteja a violar.

[349] Com relação ao debate entre Hart e Dworkin sobre o assunto, Hart afirma que embora Dworkin pense que a regra de reconhecimento só pode identificar critérios formais para determinar o que é o direito, é possível que ela apresente critérios materiais, como uma determinada concepção de justiça vigente em uma sociedade que a aceite como critério para determinar quais as normas válidas naquele sistema. Cf. HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 312 e sgs.

justificação política. Diretriz política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado; em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.[350]Já um princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.[351]

Diante de um conflito entre decisões de princípio e de diretrizes políticas, contudo, o juiz, ao decidir, deve optar pelo primeiro, não podendo decidir pelo segundo, salvo quando não haja o ferimento de uma questão de princípio. Não há, neste contexto, necessidade de alterar a lei para abdicar de uma diretriz ou um princípio em nome de um outro princípio, visto que os princípios não funcionam como as regras, que ou valem ou não valem, mas, em caso de controvérsias, podem ser realizados em pesos conforme a exigência do caso concreto.

Neste sentido, Dworkin ainda afirma que essa justificação não é possível mediante diretrizes políticas, porque elas levariam justamente à situação oposta ao ideal de integridade: permitiriam que se tratassem situações similares de formas diferentes em momentos diversos.“ A integridade não recomenda o que seria perverso, que todos fossemos governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões”.[352]

São, portanto, os princípios, enquanto padrões não necessariamente positivos (postos), que determinam, em última instância, como se resolvem os casos

---

[350] “Al tipo de estándar que propone un objetivo que há de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algun rasgo enconómico, político o social de la comunidad.” Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução de Maria Guastavino. 2 ed. Barcelona:Ariel, 1989. p. 72.

[351] “un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación econômica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia , la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Maria Guastavino. 2 ed. Barcelona:Ariel, 1989. p. 72.

difíceis.

O que se deve perceber é o que significa esta compreensão dos princípios como padrões para decisão dos juízes. Dworkin não busca um critério universal para determinar o que é o Direito comumente aceito. Para Dworkin, o consenso sobre quais são os fundamentos do Direito não existe. As divergências que acredita terem os juízes ao resolver um caso concreto, não são divergências empíricas – sobre se os fundamentos, sobre os quais se concorda estarem na origem do direito, foram observados em determinada situação e se, portanto, a regra está de acordo com estes fundamentos – são, na verdade, divergências teóricas – sobre quais os fundamentos do, isto é, quais os critérios que tornam uma norma jurídica.

Acredita, ademais, que, para além das lacunas do Direito, para o mesmo enunciado normativo pode ser encontrada mais de uma interpretação. A resposta sobre qual a solução jurídica – a interpretação a ser aplicada – deve ser aquela proveniente da teoria que forneça a melhor explicação para a regra. A tentativa de Dworkin ao criar uma teoria sobre os princípios e em desenvolvê-la através de uma concepção de justiça pautada em um liberalismo igualitário, conforme se viu, representa uma proposta deste tipo de teoria que visa dar a melhor resposta para a interpretação das regras jurídicas. O que culmina em seu modelo para legitimidade do Direito.[353]

Diante disso, essa escolha de um modelo sobre como os juizes devem decidir, não se caracteriza, segundo Dworkin, como uma constatação de um teste fundamental comumente aceito que determina o que é o Direito. Esta tese, afirma, decorre das teorias positivistas – entre elas a da regra de reconhecimento de Hart –

---

[352] DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. p. 291.

que acreditam ser possível descrever um padrão, que seja comumente aceito, sobre o que é o Direito. Tanto isso não é verdade, demonstra, que as próprias teorias positivistas divergem sobre qual é este fundamento.

Rejeitando a afirmação de que apresente uma tal tese, Dworkin afirma que:

> O que realmente segue é que fico comprometido com alguma versão da segunda tese, a saber, que é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra sobre como os juízes devem (must) decidir os casos difíceis. Mas não se segue que eu deva aceitar a primeira tese – aquela segundo a qual existe, entre os juízes, uma regra social que decide a questão. Essa é a tese de Hart, mas não é e nem precisa ser a minha.[354]

Neste sentido, a finalidade da teoria de Dworkin, diante da ruptura com a idéia da existência de um teste comumente aceito para determinação do Direito, bem como com a idéia de discricionariedade, é que:

> se não podemos exigir do governo que chegue a respostas corretas sobre os direitos dos seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a serio, que siga alguma teoria coerente a respeito destes diretos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.[355]

A Proposta de Dworkin, portanto, vem justamente no sentido de fornecer uma teoria, o que começa pela determinação dos princípios como o lugar substancial, e não formal, de busca da melhor interpretação para os direitos dos indivíduos.

Neste diapasão, a resposta de Dworkin culmina na integridade jurisdicional. Ela consiste em um programa de interpretação que deverá reger a atuação do juiz. Este programa exige o direcionamento por princípios, que, formando um todo coerente, refletem a convicção do Estado. Sob este viés, poder-se-á dizer que o princípio da integridade será ferido sempre que se aplicarem, em diferentes

---

[353] Note-se que Dworkin, conforme visto, garante que ao menos os direitos que decorrem de sua teoria os indivíduos tem, ainda que possam existir outros. Além de que, baseia-se no consenso

[354] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 96.

[355] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 286.

decisões, princípios coerentes individualmente, mas que estejam em desacordo com os demais princípios igualmente defendidos. A integridade, na verdade, exige então, não simplesmente que se julgue determinados casos conforme se julgou anteriormente, mas que a decisão de um caso não se contraponha a um conjunto coerente de princípios usados pela moralidade Estatal no julgamento de outros casos e na criação da lei.

O papel do juiz na atuação dos princípios da moralidade estatal é, portanto, primeiramente de observação desta moralidade existente. Considera-se, contudo, que ele também dará sua contribuição, através do seu olhar para a realidade vigente e que pode até mesmo, observando a incoerência de decisões anteriores com o conjunto de princípios, desautorizá-las, decidindo diferentemente. O juiz, neste sentido, não está diretamente vinculado as decisões concretas anteriores, podendo exprimir o seu próprio juízo a respeito do conjunto de princípios vigente, sempre, e isto necessariamente, pautado por uma lógica principiológica anterior que seja coerente.

Esta atuação do juiz se dá em algumas etapas. Primeiramente, a interpretação deve ser pautada por princípios e não diretrizes, salvo se não houver contradição com aqueles. Isto porque as diretrizes, embora possam ser úteis para determinada ocasião, muitas vezes serão descabidas em uma ocasião semelhante que seja, no entanto, situada em outro momento. Conforme já enfatizado.

Além de pautadas por princípios, as resoluções dos juízes devem levar em conta as decisões anteriores, bem como a autoridade e as circunstâncias em que foram proferidas. Isto permitirá avaliar as verdadeiras razões de sua motivação e extrair dela os princípios de fundo de forma não viciada. Deve, ademais, a decisão do juiz, ser realizada pela observação, desde os casos com mais semelhança até

aqueles mais distantes, nesta ordem. Neste sentido, deve procurar perceber a que amplitude de situações os princípios defendidos nas decisões anteriores se estendem.

A avaliação a partir do particular para o geral se deve ao fato de que o particular está mais apto a refletir uma melhor relação entre os casos, já que reflete uma mesma compartimentação do Direito e esta é geralmente um reflexo de opiniões do público e protegem, destarte, contra mudanças inesperadas. Não obstante, uma decisão mais particularmente relacionada, mas que por outro lado reflita uma ofensa muito óbvia ao conjunto de princípios do ordenamento, pode ser rejeitada em prol da preservação destes. Deve-se observar, diante disso, quando os limites dos compartimentos são mecânicos e arbitrários, e quando eles não mais refletem a opinião popular, além de obviamente, quando a prova da análise do mais particular houver sido mal sucedida.

Diante dos dados percebidos caberá a avaliação do juiz a respeito de qual interpretação sobre a moralidade política será melhor para a comunidade. A decisão irá restar da constatação da moralidade política que melhor reflete a opção ou equilíbrio entre os princípios de equidade e justiça.

A partir destas abordagens pôde-se perceber, tanto em Dworkin quanto em Ferrajoli, alguns pontos essenciais que acabam por enunciar características da evolução de um modelo de Estado legalista e descompromissado com os Direitos dos indivíduos, para um modelo de Estado em que esses assumem papel principal.

3 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO COMO NOVO PARADIGMA CONCERNENTE À RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL:

Para determinar o que implica a inserção da Moral no Direito feita por Dworkin e Ferrajoli, deve-se observar que a questão que se coloca sobre a relação entre Direito e moral nestes autores é um problema essencialmente ligado ao modelo de Estado em que se inserem, o Estado Constitucional de Direito, e às conseqüências que a sua concretização traz quando comparado ao modelo positivista do Estado de Direito que rejeitava a apreciação moral no Direito por se ater a um modelo extremamente legalista.

O Estado Constitucional de Direito, simplesmente por ser de Direito, tira o poder das mãos de um soberano e o coloca nas mãos da lei. Isso não basta, contudo, porque um modelo de Estado apenas de Direito pode representar a mera transferência do poder para o órgão legislativo, como ocorrera no positivismo. O caráter constitucional do Estado vem justamente para colocar o poder de determinação da vida comum do Estado nas mãos dos indivíduos representados por uma ordem constitucional que garante os seus direitos.

Este modelo de Estado acaba sendo dominado, portanto, por uma ordem Moral, que visa garantir direitos, ordem esta representada pela própria Constituição. Observe-se em que consiste este estado Constitucional e como se desenvolveu este modelo saindo de um modelo de imposição do poder do rei, passando por um modelo de imposição da lei, até chegar a um modelo de imposição da Constituição, enquanto ordem com conteúdo Moral capaz de proteger os direitos dos indivíduos.

3.1 BREVE HISTÓRICO: O ESTADO CONSTITUCIONAL DO DIREITO:

3.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional.

O Estado Constitucional de Direito representa uma evolução de um modelo de Estado que coloca o indivíduo no centro da determinação legal e não a própria instituição ou a pessoa que a representa. É neste sentido que passa a importar o sentido dos valores que regem a vida de tal Estado. O Direito, nesta perspectiva, acaba sendo o ponto de compromisso do Estado com esta moralidade. Neste sentido, as formulações da Teoria do Direito não podem estar fundamentadas nem em um positivismo e nem mais em um jusnaturalismo, já que devem representar o modelo de Estado delas coevo.

Sobre o surgimento deste Estado Constitucional de Direito ensina ZAGREBELSKI, conforme segue[356].

De maneira geral, pode-se dizer que o Estado Constitucional de Direito surge da evolução de um modelo de soberania pertencente ao Estado para um modelo de soberania pertencente à Constituição. Nos Estados Europeus, com apogeu no século XIX, reinava uma concepção de soberania que colocava o Estado como a manifestação política central, sem competidores, sendo caracterizada como "situação referente a uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unicidade na esfera política".[357] Tal conceito refletia internamente uma situação de supremacia total da vontade do Estado frente aos indivíduos. Do ponto

---

[356] ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**.

de vista jurídico, esta soberania expressava:

> [...] mediante a recondução de qualquer manifestação de força política à pessoa soberana do Estado: uma grandiosa metáfora que permitia aos juristas falar do Estado como um sujeito unitário, abstrato e capaz, sem embargo, de manifestar a sua vontade e realizar ações concretas através de seus órgãos. A vida desta 'pessoa' vinha regulada pelo direito, cuja função era análoga à que desempenham as leis da fisiologia com respeito aos corpos viventes.[358]

No mesmo século de seu apogeu, o Estado assim determinado começa o seu declive em decorrência dos ideais políticos do liberalismo[359] e da democracia[360]. Tal queda pode ser observada em primeiro momento pelo pluralismo social e pela difusão de outras fontes de poder na sociedade

Tal situação implica a inversão do papel da lei e do rei no século XIX, destituindo aquela soberania estatal implacável e dando lugar ao Estado de Direito. Enquanto no modelo do Estado soberano era o rei quem determinava a lei e o Direito era criado pelo Estado e posto a seu serviço, no modelo do Estado de Direito, a lei assume o papel principal[361], passando a determinar o poder do rei de modo a colocar a sociedade como destinatária principal de seus benefícios, e não mais o Estado.

Neste sentido:

> O Estado de direito indica um valor e alude somente a uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da

---

[357] "[...] situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política." ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 10.

[358] "[...] mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la persona del Estado como que um sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta 'persona' era regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la fisiología respecto a los cuerpos viventes". ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 11.

[359] Concepção surgida na modernidade que de maneira geral visava preservar a liberdade do indivíduo em face das arbitrariedades do Estado.

[360] Concepção política que coloca o poder nas mãos do povo.

[361] Saliente-se que esta inversão se deu de forma diferente na Inglaterra, matriz da common law, já que lá a lei atuava junto com um complexo que envolvia os juízes e o legislativo, através de critérios que visavam a justiça. As diferenças entre estes dois sistemas serão melhor analisadas alhures.

> relação entre poder e direito que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat:* não mais *rex facit legem,* sino *lex facit regem.*[362]

Suplanta-se o regime de força (*Machtstaat*) bem como o de polícia (*Polizeistaat*)[363] que regiam anteriormente. A lei surge como ponto de equilíbrio a permitir a afirmação e proteção da liberdade da sociedade diante da autoridade do Estado. A idéia de lei aparece, assim, inicialmente como idéia de garantia de direitos[364], tendo como características a abstração e a generalidade.

A generalidade da lei remete à aplicação da norma a todos de forma igual e reflete três postulados do Estado de Direito: a moderação dos poderes, a separação dos poderes e a igualdade perante a lei. O primeiro postulado reflete a garantia de uma normatividade média, feita para todos, contra abuso do próprio legislativo. O segundo postulado, representa a necessidade de intermediação dos demais poderes[365] para a aplicação da lei, o que visava impedir que a autoridade do legislativo viesse a simplesmente substituir o absolutismo monárquico, concentrando todos os poderes do Estado. O terceiro postulado, por sua vez, reflete a independência da atuação do Estado frente às diferentes composições sociais, sendo a generalidade da lei fator impeditivo de privilégios.

A abstração da lei, a seu turno, caracteriza-se como a generalidade da lei no tempo e reflete uma garantia de estabilidade do ordenamento jurídico como

---

[362] "El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encera en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat:* no más *rex facit legem,* sino *lex facit regem".* Cf.ZAGREBELSKI, Gustavo**. El derecho dúctil**. p. 21.

[363] Conforme Zagrebelski, o Estado de força é o Estado Absoluto do século XVII, arbitrário e voltado para si, já o Estado de polícia representa uma evolução daquele antes da transformação para o Estado de Direito e é manifestado através do Despotismo Ilustrado do século XVIII, que era orientado para a felicidade dos seus súditos. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. p. 21.

[364] Fala-se inicialmente porque posteriormente se verá que o conteúdo da lei acaba se esvaziando em decorrência da inabilidade do procedimento legislativo para garantir os direitos que visava em princípio.

[365] Para além do legislativo, o executivo e judiciário.

afirmação de sua certeza e previsibilidade. Tal garantia vinha em combate contra as leis retroativas, as leis a termo (destruídas ao esgotar-se o tempo previsto) e contra modificações freqüentes nas leis.

A imposição do princípio da legalidade, apesar das diferenças específicas de cada país na Europa continental, refletia uma concordância: os poderes do Estado não poderiam infringir os direitos dos cidadãos, a liberdade e a propriedade.[366] A liberdade do cidadão era regra, sendo a intervenção da autoridade aceita, assim, apenas em regime de exceção. Destarte, para o particular, o que não estivesse legalizado estaria permitido, enquanto para administração pública regia o princípio inverso.

No geral, tal princípio:

> [...] expressa a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível ao qual, em linha de princípio, não é oponível nenhum direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior 'razão do Estado', nem a implicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um direito mais alto (o direito natural ou o direito tradicional) ou de direitos especiais (os privilégios locais ou sociais).[367]

O princípio da legalidade, em sua forma mais latente, aparece na Europa continental[368], onde limita sobremaneira o poder do judiciário, tendo a codificação[369],

---

[366] Na França, isto ia mais longe, já que implicava a sujeição do poder da administração à lei, o que representava a determinação dos poderes da administração por aquela. Já na Alemanha, a lei delimitava o poder da administração, que tinha, assim, ausência de leis determinando os seus poderes. O limite, portanto, era o não aviltamento dos direitos dos cidadãos.

[367] "[...] expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior 'razón de Estado', ni la implicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 24.

[368] Na Inglaterra a lei era apenas um dos instrumentos do Direito, sendo este um complexo que envolvia conceitos como a de equidade e tradição.

[369] Cuja ideologia refletia a "Idéia de fundamentação *ex novo* de todo o direito em um único sistema positivo de normas precisas e completas condicionado apenas pela coerência com seus princípios inspiradores" Mas que acabou suprimindo o valor da declaração de direitos. No original: "La idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia con sus principios inspiradores". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 52.

como sua imposição mais evidente. Deve-se relembrar, neste sentido, que a codificação demonstra o intento de colocar em um sistema codificado os princípios de Direito natural e, portanto, garantir efetivos direitos naturais. Não obstante, a forma de realização desta legalidade acabou por colocar o legislador acima destes direitos. Neste sentido, as garantias relativas aos direitos dos homens acabaram sendo suplantadas em virtude do caráter flexível da constituição de direitos, que implicava a livre modificação pelo legislador.

Produziu-se o que pode parecer um paradoxo:

> [...] no país cuja principal contribuição para o desenvolvimento das concepções constitucionais vem representada sem dúvida alguma pelos direitos humanos, o que se afiançou não foi a posição central dos direitos, mas o que se denominou *legicentrisme.* Os direitos naturais dos homens, dos quais partia a *Declaration*, conduziam à soberania da lei, produzida com o concurso dos cidadãos.[370]

Diante disso, resultou que a superioridade da lei impunha-se frente aos atos jurídicos, bem como aos constitucionais, não existindo, assim, regras superiores que limitassem os seus poderes. A administração, como dito, também estava limitada por seus poderes, embora neste caso houvesse certas dificuldades[371]. Tal situação de supremacia da lei reflete, no fundo, como ressalta Zagrebelski, a substituição do poder do rei pelo poder do parlamento.

Esta redução do mundo jurídico ao que estava contido na lei, como imagem do Estado de Direito legislativo, representava, observe-se, um dos postulados mais representativos do positivismo jurídico. Lembre-se que este é o momento em que o

---

[370] "[...] en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene representada sin duda alguna por los derechos humanos lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se ha denominado el *legicentrisme.* Los derechos naturales de los hombres , de los que partía la *Déclaration,* conducían a la soberanía de la ley, producida con el concurso de los ciudadanos." Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** p. 53.

[371] A administração conservava o chamado "privilégio da administração" devido a natureza de sua função para a proteção do interesse público. Isso implicava que dificilmente poderia se considerar a administração em paridade com outros sujeitos não públicos e que "entrasse em contato com eles mediante autênticas relações públicas". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** p. 30.

positivismo começa a destacar-se:

> A concepção de direito própria do Estado de direito, do princípio de legalidade e do conceito de lei do qual temos falado era o 'positivismo jurídico' como *ciência da legislação positiva.* A idéia expressada por esta formula pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe a redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto pela lei.[372] Esta simplificação leva a conceber a atividade dos juristas como um mero serviço da lei, se não inclusive como sua simples exegese, isto é, conduz à pura e simples busca da vontade do legislador.[373]

O que ocorreu no século XIX foi que a imposição dos direitos[374] acabou dando-se pela forma da lei, confundindo-se aqueles com esta, o que limitava o poder do rei. A restrição à forma da lei, neste sentido, ignorava o problema do conteúdo da lei. O Estado, reitere-se, acabava sendo governado por outro poder, o parlamento, e a garantia de direitos resumia-se à reserva de lei, sendo que a substância dos direitos ficava em segundo plano.

A falta de garantia dos direitos que se pode observar diante disso é refletida na própria versatilidade do conceito de Estado de Direito, o que pode ser vislumbrado no uso que fez destes ideais o totalitarismo[375] do século seguinte, que, neste sentido, acabava, paradoxalmente, podendo conter o título de Estado de Direito.

Com o advento do Estado Constitucional de Direito ocorre uma mudança

---

[372] Note-se, conforme visto no capítulo anterior, que a redução do direito à lei é apenas uma das formas de manifestação do positivismo, ainda que uma das mais significativas.

[373] "La concepción del derecho propia del Estado del derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley que hemos hablado era el 'positivismo jurídico' como *ciencia de la legislación positiva'*. La idea expresada por esa formula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador" Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 33.

[374] A distinção entre leis e direitos já era, segundo Zagrebelski, antecipada por Hobbes, precursor do positivismo que caracterizava dos direitos como a liberdade reconhecida pela lei em favor dos particulares, enquanto a lei era mandato da autoridade ao qual se submetiam os súditos.

desta relação entre lei e direitos. A lei passa a estar, neste caso, submetida à ordem constitucional, que lhe é superior.

O surgimento do Estado Constitucional de Direito pode ser visto, na administração pública, a partir de uma crise da vinculação da administração à lei prévia. Isso porque há uma superação da função da lei simplesmente como garantia mediante atos individuais e concretos revertendo para a assunção de tarefas de gestão direta de interesses públicos pela administração.

O princípio da autonomia funcional da administração pública coloca para a lei uma função diferente com relação à administração pública:

> Em presença de objetivos substanciais de amplo alcance, indicados necessariamente mediante formulações genéricas e cuja realização supõe uma quantidade e variedade de formulações operativas que nao podem ser previstas, a lei se limita a identificar a autoridade pública e facultá-la atuar em prol de um fim de interesse público.[376]

Por outro lado, a lei não mais é inspirada na autonomia do particular como regra. A estas medidas de autonomia do particular, somam-se questões de conotação social que acabam por limitar aquela.

O paternalismo do Estado surge para acautelar sobre o perigo de liberdade sem responsabilidade. Isto faz com que a antiga regra de presunção de liberdade diante da falta de legalidade valha apenas em alguns casos, mas não sempre.

A generalidade e abstração das leis também é reduzida. Surgem muitas leis de caráter setorial e temporal. Neste momento histórico, o pluralismo de forças políticas e sociais faz com que as leis expressem muitos valores e interesses heterogêneos tornando-se instáveis. À diferença do monismo legislativo do século

---

[375] Aqui se está a referir a regimes como o fascismo e o nazismo, que acabaram fundamentando sua dominação a partir do modelo de Estado legal.

[376] "En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a

XIX, havia uma pluralidade de fontes menores do Direito, seja inimigas da fonte estatal, seja com elas coerentes. O princípio da legalidade sofre uma crise. A generalidade e abstração das leis também é reduzida. Surgem muitas leis de caráter setorial e temporal. Neste momento histórico, o pluralismo de forças políticas e sociais faz com que as leis expressem muitos valores e interesses heterogêneos tornando-se instáveis. À diferença do monismo legislativo do século XIX, havia uma pluralidade de fontes menores do Direito, seja inimigas da fonte estatal, seja com elas coerentes. O princípio da legalidade sofre uma crise.

Segundo Zagrebelski assim pode se considerar a transição de soberania realizada, considerando-se a Constituição soberana não como mais um centro de emanação de força tal como se caracterizavam os poderes soberanos anteriores. Tal situação nova pode ser expressa da seguinte forma conforme leciona Zagrebelski:

> A assunção do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, isto é, um 'compromisso das possibilidades' e não um projeto rigidamente ordenado que possa assumir-se *a priori* da política com força própria, de cima a baixo. Somente assim poderemos ter constituições 'abertas', constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática. Será a política constitucional que derive das adesões e dos abandonos do pluralismo, e não a Constituição, a qual poderá determinar os resultados constitucionais históricos concretos.[377]

Sendo a detecção da insuficiência das leis uma característica das sociedades atuais, o constitucionalismo surge como forma de unificação, obrigando

---

facultarla para actuar en prol de un fin de interés público."Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúcti**. p. 35.

[377] "La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un 'compromiso de las posibilidades' y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones 'abiertas', constituciones que permitan constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones

inclusive ao legislador. A unidade imposta pela Constituição, que possibilita unidade e paz a uma sociedade dividida. embasa-se:

> em um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores sobre os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo. O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, em que pese a diferença de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política e social que possam, assim, ficar fora de toda discussão e ser consagrados em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela."[378]

Esta centralização proporcionada pela Constituição decorre de alguns fatores importantes. Em primeiro momento, da afirmação da autonomia dos direitos realizada pela separação da noção de direitos subjetivos da noção de lei.

No século XIX, a teoria dos direitos públicos subjetivos vinha garantir, mediante a forma de lei, a proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado, que passava a ser disciplinado pelo Direito, não estando mais acima dele. A substância própria da lei não era importante, tal como o paradigma positivista reinante impunha.

Ensina Zagrebelski que os direitos representados pela lei só conseguiam representar a burguesia, mas não o proletariado.

> Daí que, em presença do dogma da onipotência do Estado e, particularmente, da lei, que era a sua mais alta expressão, não fosse pensável de modo algum uma verdadeira teoria dos direitos como atributo próprio e originário dos particulares. Neste obstáculo naufragaram todos os esforços, incluído o da teoria dos 'direitos públicos subjetivos, que, por outro lado, representa o intento mais serio de fundamentar uma teoria dos direitos individuais em um marco ainda hobbesiano[379] de Estado'.[380]

---

y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 14.

[378] "[...] un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda la discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo**. El derecho dúctil.** p. 40.

[379] Zagrebelski esclarece sobre a idéia de Thomas Hobbes que "Postulando um poder público soberano (que seja ostentado por uma pessoa individual ou por uma assembléia, é indiferente) e uma concepção de direito como mandato de tal poder, Hobbes distinguia entre o significado de *lex* e de *ius.* Se denominava *lex* ao mandato autoritário ao qual se submetem todos os súditos, diga-se, o

Esta distinção, contudo, era meramente conceitual, porque na prática não havia autonomia. Com o constitucionalismo, não obstante, essa realidade sofre transformações, a partir da afirmação da distinção entre lei e direitos. Neste sentido pode-se distinguir uma dupla vertente da experiência jurídica: "a da lei, que expressa os interesses, as intenções, os programas dos grupos políticos majoritários, e a dos direitos invioláveis, diretamente atribuídos pela Constituição como 'patrimônio jurídico' de seus titulares, independente da lei."[381]

Além da afirmação desta diferença entre direitos e lei, no Estado Constitucional, há também a afirmação do conceito de justiça. Note-se que para Zagrebelski o conceito de direitos remete às reivindicações liberais que contém o caráter desagregador, individualista, que os direitos de liberdade possuem. Não obstante, Zagrebelski ensina que no Estado Constitucional de Direito há, além destes direitos individuais, também direitos de justiça que visam lutar contra a liberdade transformada em opressão dos mais fracos.

Tais direitos que Zagrebelski chama de princípios de justiça, trazem, nesta perspectiva, um caráter integrador para o Direito contemporâneo constitucional. Tal concepção coaduna, portanto, com o conceito de Estado social, a partir da

---

direito *ex parte principis;* pelo contrário, se chamava *ius* à liberdade reconhecida pela lei em favor dos particulares, diga-se, ao direito *ex parte civium."* No original: "Postulando un poder público soberano (que sea ostentado por una persona individual o por una asamblea, es indiferente) y una concepción del derecho como mandato de tal poder, Hobbes distinguía entre el significado de *lex* y *ius.* Se denominaba *lex* al mandato autoritario al que se someten los súbditos, es decir, al derecho *ex parte principis;* por el contrario, se llamaba *ius* a la libertad reconocida por la ley a favor de los particulares, es decir, al derecho *ex parte civium."* Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. P. 51.

[380] "De ahí que, en presencia del dogma de la omnipotencia del Estado y, particularmente, de la ley, que era su más alta expresión, no fuese pensable en modo alguno una verdadera teoría de los derechos como atributo propio u originario de los particulares. En este escollo naufragaron todos los esfuerzos, incluido o de la teoría de los derechos públicos sujetivos., que, por otra parte, representa el intento más serio de fundamentar una teoría de los derechos individuales en un marco aún hobbesiano del Estado." .Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 49.

[381] "[...] la de la ley, que expresa los intereses, las intencioneslos programas de los grupos políticos majoritários, y la de los derechos inviolables, directamente atribuídos por la Constitución como

promoção de condições sociais não mais submetidas ao arbítrio da esfera econômica. Há uma reaproximação entre economia e política visando a proteção de bens que estejam em conflito com as relações econômicas.

A exigência de justiça reflete a existência de "uma ordem que está acima tanto das vontades individuais particularmente consideradas, quanto do acordo das mesmas que se expressa através do princípio da maioria".[382]

Tais princípios visam, portanto, a salvaguarda de direitos materiais indisponíveis, e não simplesmente a realização de um acordo entre arbítrios. Estes direitos orientados à justiça, encontram-se, por isso, no meio do caminho entre interesses individuais e interesses públicos já que visam a proteção do indivíduo bem como a promoção de um ordem geral justa .

Neste contexto em que os direitos individuais e os de justiça se inter-relacionam em um ordenamento guiado por um conteúdo material essencial contido na constituição, a atividade jurisdicional adquire força, já que assume o papel de esfera de controle da aplicação destes valores até mesmo na própria lei.

No que concerne à lei, ensina Zagrebelski que, de acordo com as características da Constituição, restam à ela dois papeis diversos. Por um lado, o enunciado pelo *constitucionalismo*, que implica a necessidade de observação dos princípios constitucionais e reflete uma Constituição como marco aberto de princípios; ou, por outro lado, o *legalismo*, que se manifesta a partir de uma constituição como um marco fechado que reflete um ordenamento de valores.

O papel da lei ainda irá depender de outros aspectos da estrutura

---

'patrimonio jurídico' de sus titulares, independiente de la ley". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo**. El derecho dúctil**. p. 51.

[382] "[...] un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría,". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 94.

constitucional especialmente a relação entre legislação e jurisdição. Neste caso o constitucionalismo "envolve a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser observada pelos juízes"[383]. O legalismo, a seu turno, "preocupa-se com a autonomia do legislador exigindo que o controle da jurisdição sobre o legislativo dentro dos limites compatíveis com tal autonomia"[384]

No que concerne à doutrina das fontes o constitucionalismo reflete um "programa positivo de valores que devem ser atuados pelo legislador"[385], Já o legalismo reflete um "bosquejo orientativo que deve ser simplesmente respeitado pelo legislador"[386]. No que concerne ao papel dos juízes, no legalismo, eles "vêm-se reduzidos a reconhecer ao legislador amplos âmbitos de liberdade não prejulgados por normas constitucionais"[387], já no constitucionalismo eles ver-se-iam autorizados a realizar um controle de fundo e ilimitado sobre todas suas decisões e em todos seus aspectos."[388]

Tal é, portanto, em linhas gerais, a evolução ocorrida nos Estados da Europa continental para um modelo constitucional. Tal concepção constitucional para se firmar contou com a influência norte-americana, conforme se verá alhures.

---

[383] "[...] envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que deve ser recogida por los jueces." Cf. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p.151.
[384] "[...] se preocupa por la autonomia del legislador y por eso exige que el control de la jurisdición sobre el legislador discurra dentro de límites compatibles con tal autonomía". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 151.
[385] "[...] programa positivo de valores que ha de ser "actuado" por el legislador". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 151.
[386] "[...] bosquejo orientativo que ha de ser simplemente 'respectado' por el legislador". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 151.
[387] [...] se veran indicidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales." Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p.151.
[388] "[...] autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos". Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. p.151.

3.1.2 A influência do constitucionalismo norte-americano e a sua recepção na Europa continental:

Deve-se notar que esta evolução histórica do Estado absoluto ao Estado constitucional reflete a perspectiva dos Estados europeus continentais. A tradição da Inglaterra, contudo, gerou um sistema que funcionava de maneira diversa, o que possibilitou que a história do Direito norte-americano, seu descendente, tenha sido construída de modo diferente e apta a ser um ponto importante de influência nos modelos continentais e seus descendentes, já que abriu espaço para a valorização da constituição material.

O Direito que vigia na Inglaterra, *Rule of law,* ao contrário do Europeu continental que influenciou o Brasil, dentre outros países, era um Direito a partir do qual a substituição, no século XIX, do poder do rei pelo poder da lei não acabou como a substituição do poder do rei pelo poder do parlamento. Segundo Zagrebelski, o absolutismo, na Inglaterra, foi derrotado como poder absoluto e não apenas como poder régio como ocorreu na Europa continental. Isso porque a lei, na Inglaterra, era apenas um elemento de um sistema jurídico complexo em que Direito natural, Direito de razão e Direito de história conviviam com Direito positivo, Direito de legislação e Direito de tradições.

O parlamento era, neste sentido, um poder tutelar de direitos e tinha uma atividade mais jurisdicional do que política, visando garantir o devido processo (due process)[389]. A leis, neste contexto, eram consideradas, mais que a vontade política do soberano, um produto da justiça. Tanto o legislativo quanto o judiciário produziam

---

[389] O devido processo significava garantia a todas as partes de imparcialidade na observação de suas pretensões. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. (4V)

o Direito, sem uma diferenciação importante entre suas funções como havia na da Europa Continental. O Direito era dado nos casos concretos conforme critérios como as *circunstances, conveniency, expediency e probability.*

No século XIX na Inglaterra houve um aumento do poder da lei com a *Sovereingnity of parlament*, ainda que sem a destruição da Common law. Mas é a partir do sistema anterior em que prevalecia o direito de justiça, conforme exposto, que os Estados Unidos irão fundamentar o seu Direito que acabará por influenciar toda a teoria constitucional que irá se estabelecer a seguir.

A influência exercida pelo modelo inglês da common law nos Estados Unidos pode ser considerada a pedra angular do constitucionalismo. Para EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, a supremacia normativa da Constituição é criação do constitucionalismo norte-americano e deve-se à sua inovação frente à tradição inglesa da época – em que predominava e ainda predomina o princípio da soberania parlamentar (*sovereignity of parlament)*, ainda que acreditassem na *fundamental law* – a partir de princípios tradicionais do modelo Inglês.

Os americanos, em sua luta contra a coroa vêm a afirmar, através dos tribunais coloniais, a superioridade de uma lei fundamental, refletindo a superioridade da lei natural diante do Direito positivo do parlamento e por ele inderrogável. Seu fundamento se dá através de Locke[390] e Coke, herdeiros da tradição jusnaturalista européia. Disto decorre o fato de os juízes poderem controlar os atos do parlamento, o que exclui a doutrina inglesa da soberania do parlamento.

---

[390] Locke fez a conversão técnica entre direito natural e direitos do homem: "derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no transmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía". Cf. ENTERRÍA. Eduardo García de**. La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1981.p. 52-53. Já Coke defendeu a supremacia da Common Law diante do direito produzido pelo parlamento Inglês. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política**. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 118.

Enquanto na Inglaterra o poder do parlamento era supremo e não poderia ser suplantado sequer pela fundamental law, nos estados unidos ocorria o contrário. "A grande aportação americana será plasmar em uma constituição escrita este parâmetro normativo superior que decide a validade das leis do Parlamento".[391] A common law, utilizada para suplantar os atos do parlamento inglês que havia adquirido força após a Revolução Gloriosa[392], ganha definição com a constituição americana de 1787.

Após a revolução americana adormeceu a prática da judicial review[393], antes usada para contrapor-se aos ideais da metrópole inglesa. Com a constituição de 1787 recria-se esta idéia:

> A Constituição de 1787 vai recriar a idéia de existência de uma lei superior, que deve vincular a todos os poderes do Estado, inclusive o legislativo, ao estabelecer, em seu art. VI, que a constituição era a 'Supreme Law of the Land, and the judges in every state shall be bound thereby (...)' A partir dessa concepção de supremacia da Constituição a doutrina da judicial review se consolidou quase que como uma decorrência natural.[394] Estabeleceu-se a idéia de Constituição rígida, acima dos poderes do Estado e mesmo das leis produzidas pelo parlamento.[395]

Nas palavras de Capelletti:

> A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições rígidas, contrapostas às Constituições flexíveis, ou seja, o arquétipo daquelas que não podem ser mudadas ou derrogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional[396]

---

[391] La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamento" Cf. ENTERRÍA, García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. p. 53.

[392] Revolução realizada na Inglaterra para superação do modelo de soberania do Estado e arbitrariedade do rei.

[393] O sistema de "judicial review" consiste no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. p. 46. apud GRANT, James A. C. El control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política. Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963.

[394] Observe-se como a Constituição norte-americana promoveu uma objetivação dos valores da tradição norte-americana, tendo, portanto, valor material.

[395] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. p. 51.

[396] CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 46.

A auto-atribuição pelos juízes do judicial review transformando a Constituição em verdadeira lei superior, só ocorre, porém, conforme Vieira, com o caso *Marbury v. Madison*[397], em 1803. Neste caso pela primeira vez a Suprema Corte Americana determinou a invalidade de uma lei que lhe conferia poderes por ser incompatível com o limite de competência imposto pela Constituição, impondo, enfim, um limite à lei determinado pelos preceitos da constituição. Neste momento, ensina David,[398] é estabelecido o princípio do controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte, o que não havia sido declarado de forma expressa em nenhum texto anterior.

De acordo com a interpretação da Suprema corte, por ocasião do caso exposto acima, do texto constitucional que confere supremacia à Constituição, afirma Cappelletti, fixou "por um lado, aquilo que foi chamado de *supremacia da Constituição,* e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma."[399]

Esse sistema de justiça constitucional já estabelecido nos Estados Unidos, tem sua recepção na Europa Continental apenas no segundo pós-guerra, ensina Enterría, com uma transformação do modelo jurídico original e de duas formas diferentes: por um lado, a que culmina com a Constituição de Weimar e com a criação de um tribunal para resolução de conflitos entre os poderes constitucionais e entre os diferentes entes da organização federal. Por outro lado, o sistema que

---

[397] O caso Marbury v. Madison, que resultou em acórdão lavrado por John Marshall, foi a primeira determinação escrita da superioridade da constituição diante das demais normas federais, sendo que a tradição anterior era que a lei posterior revogava a anterior. A teoria da pirâmide de Kelsen só vem um século depois sob a influência do constitucionalismo americano. Tal decisão abriu um precedente para as demais decisões. A solução do caso determinava que: "A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição." Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. p. 63 e sgs.
[398] DAVID, René. Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo. p. 395.

realmente se consagrou, o sistema austríaco, sobre as bases teóricas kelsenianas, concretizado na constituição de 1920 e melhorado em 1929.

À diferença do judicial review, tal sistema kelseniano não previa um controle difuso capaz de permitir a não aplicação da lei pelos juizes que as considerassem contrárias à constituição. Kelsen propõe o sistema de controle concentrado confiado ao Tribunal Constitucional. Este controle é puramente abstrato de relação lógica entre a lei e a norma constitucional e tem efeitos erga omnes e valor ex nunc. Isto não configura uma função judicial, mas segundo Kelsen, ensina Enterría, uma função legislativa negativa, já que a atividade judicial propriamente dita implicaria uma aplicação da lei ao caso concreto. Assim, a lei continua válida enquanto o Tribunal Constitucional não declara a sua inconstitucionalidade de modo que a lei inconstitucional é meramente anulável e não imediatamente nula.

> Deste modo, o Tribunal Constitucional, em vez de competidor do Parlamento, acaba sendo seu complemento lógico; não pode indagar a relação de adequação ou não da norma legislativa com o suposto de fato que pretende regular (não examina, pois, a eventual injustiça da lei), senão que, como depositário das categorias lógicas do ordenamento, ajuizará só a validade da Lei, por via da simples lógica racional desvinculada da necessidade de decidir as controvérsias de pleitos reais, atuando, pois, conclui esta doutrina, como um <<legislador negativo>>, ainda que seja um legislador que não atue espontaneamente, senão à petição de parte. Para Kelsen, o poder legislativo havia se dividido em dois órgãos: um, o Parlamento, titular da iniciativa política, que é o <<legislador positivo>>; outro, o Tribunal Constitucional, que elimina para manter a coerência do sistema as Leis que não respeitam o marco constitucional.[400]

Não obstante a prevalência do sistema austríaco fundado em Kelsen, na doutrina coeva da Constituição de Weimar inaugura-se a defesa da Constituição material. A observação desta teoria material se faz importante porque apresenta a retomada, em contraposição ao positivismo lógico, dum senso de justiça para o Direito, o que se faz como influencia do próprio modelo norte-americano. Observe-se

---

[399] CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 47.

que ainda que os teóricos divirjam sobre a necessidade ou não de positivação dos direitos materiais na Constituição formal, é imprescindível falar em Estado Constitucional de Direito sem abordar tal aspecto material, já que é nele que se evidencia a necessidade de um padrão de justiça para o Direito, permitindo o relacionamento, em sua forma específica, entre o Direito e a Moral.

Ensina Bonavides que a teoria material da constituição representa no século XX abordagens que, vindo de encontro ao exclusivismo normativo e ao formalismo do positivismo lógico

> estavam volvidas para o conteúdo e a matéria dos preceitos normativos, de preferência à forma e às categorias. Relativamente à Constituição, pretendiam em primeiro lugar fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animavam, a realidade social íntima, verdadeira, substancial que ela exprimia, enfim, aquele conjunto de valores, idéias e fatos sempre inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital, capazes de faze-la a um tempo consciência da Sociedade e expressão de um projeto dinâmico e prospectivo.[401]

Segundo Bonavides[402], a teoria material da Constituição tem como Lassalle o seu precursor, iniciando-se no século XIX e tem seus expoentes durante a Constituição de Weimar.

Ferdinand Lassalle, através da enunciação dos fatores reais de poder, coloca a Constituição para além de uma construção jurídica, como uma realidade social, colocando, ao lado da Constituição jurídica, a Constituição Real. Para Lassalle, uma Constituição é diferente das demais leis já que trata-se de algo mais sagrado, mais imóvel que uma lei comum. Além disso, trata-se de uma lei fundamental da nação, isto é, uma lei que constitua o verdadeiro fundamento das demais, sendo que “a idéia de fundamento traz implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela

---

[400] ENTERRÍA, García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. p. 58-59.
[401] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**.13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.
[402] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 93 e sgs.

se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo".[403]

Essa força ativa, que determina que as coisas não possam ser de outro modo, complementa Lassale, são os "Fatores Reais de Poder".[404] Tais fatores implicam a impossibilidade de um legislador originário de editar as leis de qualquer modo. Assim, seja o rei com poder de obediência, uma nobreza influente, a consciência coletiva e cultura geral da nação, o povo, dentre outros, enquanto situações de poder, tais entes fazem parte da Constituição Real. Assim, a Constituição "[...] é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação".[405]

A transição da Constituição real para a jurídica, que Lassalle chama de folha de papel, ocorre da seguinte maneira de acordo com os procedimentos que segundo ele todos já conhecem: "Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro Direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido"[406][407]

Com esta formulação, explica Bonavides, Lassale:

> [...] veio a sistematizar todo um estado de idéias, que se insurgia contra o formalismo abstrato das Constituições, buscando assim explicar definitivamente, de modo deveras precursor, o fracasso da Constituição inspirada em dogmas meramente jurídicos e normativistas. A crítica lassaliana fixou em definitivo a importância da Constituição real,

---

[403] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Coleção Estudos Políticos Constitucionais. 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1995. p. 28.
[404] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. p. 29 e sgs.
[405] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. p. 37.
[406] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. p. 37.
[407] Esta transição entre a Constituição Real e a Jurídica ocorre ao que parece, de forma natural no sistema. Lassalle ensina como isto ocorre de forma diplomática: "Por exemplo, se o que se quer dizer é que determinados industriais e grandes capitalistas terão tais e quais prerrogativas no Governo e que o povo – operários, agricultores e pequenos burgueses – também tem certos direitos, não se fará constar com essa clareza e sim de modo diferente. O que se fará será simplesmente decretar uma nova lei, como a célebre eleitoral das 'três classes' que vigorou na Prússia desde o ano de 1849, que dividia a nação em três grupos eleitorais, de acordo com os impostos por eles pagos e que naturalmente estariam de acordo também com as posses de cada eleitor" Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. p. 38.

> reconhecida por decisiva. Na hipótese de conflito, ou tensão extrema, a Constituição jurídica sucumbiria sempre, imolada à força soberana do fato, ou seja, da realidade política e social, muito mais poderosa que a força dos textos abstratos. [408]

A eficácia da Constituição, contudo, não poderia ficar simplesmente à margem dos fatores reais de poder. Com Konrad Hesse[409], através de um texto que se inicia como própria crítica à Lassalle, fica a defesa da 'força normativa da Constituição'.

Segundo Hesse, a realização de normas jurídicas diante do panorama sócio-econômico existente não pode ser denunciada como um instrumento inócuo diante dos fatores reais de poder[410] que seriam considerados o que verdadeiramente dita as normas da sociedade.

Esta pretensa inferioridade das normas jurídicas frente aos poderes, muitas vezes confirmada pela história, gera a necessidade de coincidência entre norma e fato para a eficácia das normas.(limite hipotético extremo). Na verdade a norma e o fato são interdependentes e se encontram em constante tensão.

A negação do caráter parcialmente independente da Constituição leva a uma desvalorização do papel deontológico da ciência do Direito, bem como da própria necessidade de uma teoria geral do Estado.

O condicionamento recíproco existente entre realidade e Constituição é imprescindível. Por um lado, a norma não é autônoma da realidade, visto que precisa ser nela concretizada. Diante disso, não pode separar-se das condições históricas de sua realização, o que permitirá que a norma possa ser eficaz. Por outro lado, deve ser fundamentada em um pilar axiológico –substrato espiritual – que

---

[408] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** p. 96.
[409] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

reflita concepções sociais concretas de um determinado povo. Estes valores irão influenciar a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

A Constituição não pode ser apenas a expressão de um ser, ela é um dever ser que procura determinar a realidade social e política com ordem e conformação. Daí que a constituição não se fundamenta nem na pura normatividade, nem na pura expressão da realidade., sua delimitação encontra-se condicionada por estes dois aspectos.

Assim, a constituição jurídica dispõe-se a por um lado, despertando a força da natureza, despertar sua força ativa a partir da qual influi e determina a realidade. Essa sua força depende em primeiro plano, da "vontade de Constituição".

Obviamente que a realização da Constituição deve observar alguns limites e pressupostos. A força da constituição é retirada da natureza das coisas de modo que não pode ser formada senão a partir de uma luta, a retratar a forças e tendências de um momento, que seja também imbuída de uma racionalidade. Seus limites encontram-se, na esteira do pensamento de Humboldt, no tempo, nas circunstâncias e no caráter nacional. Não bastam, portanto, os princípios da razão e da experiência.

Além disso, para sua realização é necessária uma vontade de constituição, que se baseia na:

> [...] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que, por isso, precisa estar em constante processo de legitimação" e "consciência de que, ao contrário do que se dá

---

[410] Significam as forças imperantes na sociedade em determinada época histórica: militar, social, econômico e intelectual. Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**.

> com uma lei do pensamento, essa ordem não logra-se eficaz sem o concurso da vontade humana.[411]

Isso é conformado na idéia de que não estamos condicionados a forças aparentemente inelutáveis e que há uma grande importância na atuação de cada um na afirmação da sua parcela de contribuição na vida do Estado.

Em razão destes componentes que limitam a força da constituição, seu âmbito de finitude revela imprecisão. Pode-se dizer, não obstante, que o seu limite diminui com a ampliação da vontade de constituição, o que não significa a sua total eliminação. Os condicionamentos naturais são inelutáveis e por isto deve haver conformação da constituição a tais limites. A força da constituição é, desde este contexto, provada na manutenção de seu vigor em face da força da realidade mesmo em situações difíceis.

Para a determinação desta situação é imprescindível a satisfação dos seus pressupostos, que impedem a sucumbência da constituição ao real. Estes pressupostos atuam para o desenvolvimento da força ativa da constituição e residem no conteúdo da constituição e na sua práxis. Assim, quanto mais o conteúdo da constituição espelhe os elementos sociais, políticos, econômicos, bem como o estado espiritual de seu tempo, maior a sua força normativa. Da mesma forma, quanto mais adaptável ela seja à possibilidade de mudança destes fatores – o que ocorre pela sua enunciação em poucos princípios. Deve ainda, ser capaz de incorporar parte da estrutura contrária aos seus princípios.[412]

Com relação à práxis constitucional, exige-se, para aumentar a força normativa da constituição o que o autor chama de “vontade de constituição”, que deve ser preservada mesmo em detrimento de interesses próprios. Quanto mais

---

[411] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 19-20.

condicionada é tal vontade, mais perigo ela traz. Ademais, é necessário estabilidade, de modo a evitar revisões constitucionais, salvo em casos em que seja impossível realizar o sentido de uma proposição normativa. Caso contrário, o exagero em revisões poderia sugerir que a realidade é mais importante que a normatividade.A interpretação construtiva é importante nestes limites.

A interpretação é outro pressuposto importante da práxis constitucional. Ela deve ser submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Deve-se conformar os condicionantes fáticos com as proposições normativas a fim de dar ao máximo a concretização à norma.

A distância entre constituição e realidade ameaça a força normativa de diversos de seus princípios, especialmente o da liberdade. Isto se torna um problema em face da profunda mudança de concepções de vida do homem após a revolução industrial. É nestes momentos que a força normativa da constituição, observados seus limites e pressupostos, mostra a sua intensidade.

> A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de constituição. Esta tarefa foi confiada a todos nós[413].

Hermann Heller, dando continuidade ao debate em questão, coloca a necessidade de convivência entre o que denomina “normalidade” e a “normatividade’ já que a Constituição do Estado caracteriza-se tanto pela conduta normada e juridicamente organizada, quanto pela conduta não normada, ainda que normalizada. “A normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo

---

[412] Inserindo por exemplo, deveres correspondentes aos direitos fundamentais, possibilidade de concentração de poder em correspondência à divisão de poderes, etc.
[413] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**.. p. 32.

médio em determinados períodos de tempo."[414]

Neste sentido, a normalidade corresponde a uma habitualidade de uma atitude em conformidade com uma regra, isto é, é uma habitualidade que gera expectativas de comportamento igual para o futuro.

Já a normatividade consiste na "exemplaridade ou obrigatoriedade de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor".[415]

Observe-se que, segundo Heller, apenas há conversão em normatividade da normalidade valorada positivamente, que se creia se caracterize como "uma regra empírica de existência real, uma condição de existência, ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano".[416] Heller defende que para a validez de uma constituição normada juridicamente não basta conceitos jurídicos autorizados pelo Estado, é necessário a complementação por elementos constitucionais que não sejam normados bem como por aqueles normados embora não jurídicos.

Nestes termos:

> Ao lado das numerosas regras do ser, privadas inteiramente de toda normação mas que intervém determinando essencialmente o conteúdo normativo da Constituição, acham-se aquelas normatividades extrajurídicas que têm decisiva importância, enquanto princípios de Direito, para a validez e o conteúdo das normas constitucionais[...] Os princípios éticos do Direito, legitimados pela sociedade, às vezes não autorizados pelo Estado e mesmo expressamente condenados, em ocasiões, por ele, têm, para a existência da Constituição do Estado, a máxima importância, em parte por si mesmos e em parte enquanto complemento [...] são imprescindíveis na Constituição jurídica do Estado como normas sociais de ordenação, assim como também enquanto regras interpretativas para a decisão judicial. A validez destes princípios é de natureza geral e apriorística em parte, mas, com mais freqüência, é historicamente variável e depende do círculo de cultura correspondente.[417]

Tais princípios são referidos pelo legislador de duas maneiras: por um lado, de modo material, quando se formula o conteúdo do princípio; por outro lado, de

---

[414] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, sd. p. 297.
[415] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 298.
[416] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 298.
[417] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 302.

modo formal, onde se enuncia sua nominação, sem explicitar o conteúdo. Esta segunda forma de enunciação dos princípios traz duas implicações: primeiramente a necessidade de uma complementação da normatividade jurídica por uma normalização social a que se valora positivamente, em segundo lugar a incapacidade de se determinar de uma vez por todas as normas sociais que são o complemento das normas jurídicas.

São os princípios decorrentes da valoração social positiva que conferem sentido à maioria dos preceitos constitucionais. Ademais, o caráter abstrato dos princípios permite a constante reformulação histórica de seu conteúdo, de acordo com a normalidade social que se transforma de forma imperceptível no cotidiano. Tais preceitos jurídicos mutáveis são " a porta por onde a realidade social valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal".[418]

Além da normatividade refletir uma normalidade há sempre a pretensão de que uma normatividade construa uma normalidade, o que nem sempre ocorre, devendo-se aceitar a confirmação em última instância, da tese de que a Constituição real consiste nos fatores reais de poder. A inviolabilidade das normas constitucionais, afinal, não é capaz de inibir revoluções ou restaurações.

Heller combate o maniqueísmo entre normalidade e normatividade que se coloca nas posições de Schimitt e Kelsen respectivamente, e afirma no caráter dialético da realidade social a possibilidade da emancipação da conexão da normatividade jurídico-constitucional a respeito da realidade social.

> A consciência humana pode extrair, do curso da ação que desenvolve um trabalho com sentido, o seu sentido objetivo transcendente do ato, separa-lo do seu processo subjetivo de vivência, converte-lo em objeto e inclusive – o que não é, de modo algum, necessário – objetiva-lo em algo corpóreo (por exemplo, por escrito).[419]

---

[418] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** p. 305.
[419] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 307.

Em continuidade Heller afirma:

> A linguagem, os costumes e todas as formas de arte e da vida, assim como o Direito, nascem e mantêm-se como tais conexões objetivadas de sentido, as quais aparecem ante a ação individual do homem atual como estruturas espirituais nas quais, em certas ocasiões conscientemente, mas com mais freqüência inconscientemente, emergem.[420]

Sobre o Direito especificamente: " A emancipação da conexão de sentido que se conhece como 'Direito' deve a sua grande importância prática ao fato de que esta objetivação da 'ordenação social' enquanto formação social real".[421] Neste sentido, a emancipação da constituição jurídica somente tem sentido para servir a constituição real.

Essa objetivação, explica Heller, pode se realizar em seu primeiro passo, de diferentes formas: seja de um modo autoritário, seja de modo livre, ou ainda de acordo com um uso comum ao qual se valora positivamente, não sendo necessária uma fixação escrita.

Para a emancipação da normatividade frente a normalidade, ademais, infere Heller, tem grande importância a garantia de vigência da norma pela organização[422], garantia esta realizada por órgãos a quem incumbe a aplicação, criação e execução das regras jurídicas por meio de uma ação consciente dirigida a um fim. Isto ainda que tal organização não seja estatal, mas realizada pela divisão do trabalho social. A organização, assim, é o meio mais eficaz para a emancipação da normatividade, sendo que a coercibilidade não é necessária para o conceito de Direito, embora normalmente o acompanhe.

---

[420] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 307-308.
[421] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 308.
[422] Na verdade, ensina, "não há grupo humano que se possa conceber, nem sequer nos seus começos, sem critérios precisos de divisão de competências, isto é, sem normas de organização ou constitucionais; diferente das normas de decisão, que servem só mediatamente à formação da organização pela decisão nos conflitos, promovem aquelas de modo imediato a formação consciente

O papel da dogmática jurídico-constitucional, no Direito moderno, deve convergir para a realização de uma continuidade histórica e sistemática da constituição real e consiste em

> [...] elaborar a matéria positiva de modo que esta seja útil para a unidade e ordenação temporal e sistemática da organização estatal [...] e termina, em última análise na questão de como é possível a ordenação da Constituição mediante a criação jurídica, a justiça e a execução, apesar de o legislador não poder compreender nem prever completamente a conduta presente nem a futura dos membros da comunidade jurídica.[423]

A resposta, ensina Heller, é que a jurisprudência dogmática é normativa, já que não deve explicar a conexão com a realidade, mas

> [...] proceder dogmaticamente de nós mesmos, partindo da conexão normativa, da legalidade relativamente própria. Mas a dogmática jurídica, porém, não é nem plenamente autárquica nem autônoma; o seu sentido e o seu método não se podem compreender nem explicar segundo um ponto de vista normativo-imanente, mas apenas 'metajuridicamente', isto é, de um ponto de vista político-histórico que é o correspondente à ciência do real.[424]

Há dois conceitos jurídicos de Constituição material, segundo Heller. Um conceito mais amplo incluiria "a situação jurídica total do Estado, ou, pelo menos, todas as normas jurídicas contidas no texto constitucional junto com todos os demais preceitos jurídicos da ordenação estatal conformes com a Constituição"[425]. Já segundo um conceito estrito e mais usual, anota Heller, "extrai da ordenação jurídica total do Estado um conteúdo parcial valorizado como ordenação fundamental, e não só como 'norma fundamental' hipotética e lógica"[426], o que seria a formulação de Kelsen.

Um documento formal não é capaz de fornecer o sistema constitucional completo, a não ser que fosse visto como os jusnaturalistas que consideravam os princípios com obrigatoriedade absoluta e supra-positiva, diferentemente do

---

de unidade mediante a ordenação da cooperação e prevenindo contendas". Cf. HELLER, Hermann. Teoria do Estado. p. 309.

[423] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 311.

[424] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** p. 311.

[425] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 323.

condicionamento histórico-político que as revestia verdadeiramente.

Declarando diferentemente do normativismo puro de Kelsen, cujo conceito de norma fundamental impõe a esta um conteúdo meramente definido por um ato de vontade empírico da autoridade constituinte; bem como diferentemente da defesa de Schmitt de que a constituição vale de acordo com a decisão de um poder sem norma; Heller afirma que: "Toda teoria que prescinda da alternativa direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal e é, por isso, falsa já no seu ponto de partida".[427]

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após ter disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado Democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: "(i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão , respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias;.(iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade"[428]

A partir destas construções que se insurgiram contra o positivismo lógico, iniciando com exemplo do modelo norte-americano e trazendo o conceito de Constituição Material[429], cria-se o suporte para o estabelecimento na doutrina da

---

[426] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 323.
[427] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. p. 325.
[428] BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro**. p. 7.
[429] Neste contexto da constituição material não se encerra o debate com as posições de Lassale, Hesse e Heller. Não obstante, tendo em vista não ser objetivo principal deste estudo, não foram trabalhados demais autores. Para maiores esclarecimentos sobre o assunto vide: LOIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls**. 2001, especialmente capítulo segundo.

idéia de Constituição Material.

As normas Constitucionais, neste contexto, podem ser encontradas em dois conceitos de Constituição – formal e material – que podem coexistir e que se diferenciam basicamente, no que concerne aos objetivos presentes, conforme reflitam ou não necessariamente uma fundamentação em valores específicos, morais.

Bachof ensina que as normas constitucionais formais são aquelas que constituem o documento escrito, determinado por instrumentos formais. Já a Constituição material é o "conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado".[430] Complementa que o documento constitucional material – que está necessariamente ligado ao direito supra-legal[431], conforme se verá alhures – nem sempre estará realizado integralmente no documento formal, bem como o documento formal não necessariamente corresponderá em seu todo à Constituição material.

---

[430] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 39.
[431] Princípios fundamentais que estão acima do direito legislado.

3.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO:

3.2.1 O Estado Constitucional e a ruptura com os modelos positivista e jusnaturalista:

A evolução histórica do modelo de Estado legal para o modelo de Estado Constitucional representa, na verdade, a evolução de um modelo de Estado em que vigia um Direito baseado na lei, de cunho positivista, para um modelo de Direito baseado na proteção de valores fundamentais. O Estado em que vivem os indivíduos deve prezar pela sua capacidade de proteger os seus direitos. Este Estado vem representado pelo que parte da doutrina chama de pós-positivismo, significante teórico que conta com a inserção do modelo de princípios valorativos no âmbito jurídico.

Neste modelo de Estado Constitucional, a Constituição é representativa da soberania, comandando a vida em sociedade (ou devendo comandar). Nas teorias de Dworkin e Ferrajoli pôde-se observar a estruturação de uma comunidade ou Estado a partir de princípios que regem até mesmo, conforme se pode inferir, a própria consideração da existência do "contrato social"[432] Isto significa que a prioridade e soberania da Constituição são determinantes para configurar o pertencimento de um indivíduo em uma comunidade estatal, e em virtude disso, as consequências que tal inclusão implica.

---

[432] As teorias sobre o contrato social defendiam, de modo geral, a idéia de que há um contrato entre os indivíduos e que forma a caracterização do Estado. A partir deste momento os indivíduos abrem mão de suas liberdades naturais para submeter-se a um regime jurídico institucionalizado, próprio da figura estatal.

O fato é que não se acredita que os indivíduos possam estar limitados por regras de um "contrato" se eles não forem capazes de participar deste contrato porque há uma condição que lhes falta. Observe-se quando Dworkin estipula condições para que um indivíduo pertença a uma comunidade e faça sacrifícios em virtude das necessidades de convivência que ela implica[433]. Da mesma forma em Ferrajoli quando determina expressamente que o modelo de Estado constitucional impõe uma limitação substancial às atividades do Estado[434]. Estas elaborações nada mais significam que há direitos básicos que devem ser garantidos aos indivíduos ao participarem da vida do Estado. Trata-se, portanto, de uma condição de legitimação do poder do Estado.

De acordo com os ensinamentos de Ingo Sarlet

> Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como 'governo das leis', mas sim, como 'ordenação integral e livre da comunidade política', expressão da concepção de um Estado Material de Direito, no qual, além de garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção –umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado. É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que 'o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.'.[435]

Toda esta configuração traz consequências explícitas para o modelo de Direito. Note-se que as formulações teóricas que determinaram este tipo de Estado ainda não são capazes de definir o modelo de Direito que se tem, visto que há muitas divergências sobre o assunto. Dworkin e Ferrajoli trazem propostas, que pela

---

[433] Vide capítulo 2 sobre a comunidade em Dworkin.
[434] Vide capítulo 2 sobre a comunidade em Dworkin.

importância que tem, acabam se juntando a outros para influenciar a nova configuração que o Direito vai assumindo a partir desta soberania da Constituição.

O fato é que o Direito, ainda que tenha evoluído para moldar-se à soberania da Constituição[436], ainda não conseguiu assumir uma figura conceitual bem delineada a partir desta nova realidade, de modo que a teoria do Direito ainda se debate quando questiona o que vem com a superação de um modelo positivista de Direito.

Neste sentido, a questão sobre a separação entre Direito e moral é ponto nodal de questionamentos. Isso porque tal problema é sucitado pela reaproximação da idéia de que o critério de determinação do Direito deve absorver a capacidade de determinação de um conteúdo Moral específico, não podendo, portanto, ser meramente procedimental legalista. Isso remete justamente à questão do conceito de Direito. Afinal, como ficam os critérios de juridicidade se eles devem levar em conta a introdução de uma Moral no Direito?

Para a caracterização deste novo modelo jurídico, que nao pode mais ser nem positivista nem jusnaturalista, algumas observações podem ser feitas, com o suporte teórico dos próprios constitucionalistas contemporâneos, a fim de determinar que modelo de Direito existe atualmente.

A fim de estabelecer uma resposta, deve-se observar que esta aceitação de valores fundantes do sistema jurídico o coloca, no Estado Constitucional de Direito, entre dois modelos historicamente paradigmáticos: por um lado o modelo positivista, por outro o jusnaturalismo. Por um lado, a defesa da avaliação de justiça do sistema jurídico dentro do próprio sistema rompe com o modelo positivista de separação

---

[435] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 64-65.

entre Direito e Moral, que negava a existência de uma Moral determinando que como o Direito era simplesmente moral, tal relatividade valorativa não poderia influenciar na determinação do conceito de Direito, que se deveria determinar a partir dos procedimentos legislativos.

Por outro lado há uma ruptura com a simples fundamentação metafísica capaz de determinar princípios absolutos própria do jusnaturalismo. Isto porque, ainda que chamado de Direito, o Direito natural assim nao podia ser concebido, visto que a falta de critérios uniformes capazes de individuar o objeto tornava o que pretendia teoricamente ser uma Moral, na prática apenas um falso significante instalado em manifestações morais de diversas índoles. O conceito de Direito, neste sentido, ficava indeterminado e inseguro, o que justificava a apreciação de Kelsen de que tal nao consistia um Direito de fato.

Isto significa que ao mesmo tempo em que uma ruptura com o positivismo apresenta a necessidade de fundamentação do Direito Positivo mediante valores de justiça, há a necessidade de uma fundamentação destes próprios valores fundantes do ideal de justiça através de instrumentos não metafísicos, partindo-se do reconhecimento do pluralismo valorativo na sociedade. Disso decorre que as teorias atuais, buscando a necessidade de uma valoração fundamentada para o Direito, estarão voltadas para um modelo que a o mesmo tempo em que rompe com os exageros da separação positivista entre Direito e Moral, mantém a separação entre estes dois momentos deontológicos, já que apenas uma determinada moralidade aferida a partir de critérios específicos pode ser fundante do ordenamento jurídico.

Observe-se que tal sincretismo exige que haja instrumentos para a determinação da diferença entre Direito e moral, mas devem ser aptos a determinar

---

[436] Observe-se por exemplo, as diversas formas de controle de constitucionalidade existentes.

o conteúdo do Direito a partir de uma concepção de justiça, Moral. O desafio de tal mister é justamente conseguir preservar a autonomia conceitual do Direito frente a Moral, ainda que se aceite a influência desta sobre aquele.

Goyard-Fabre ensina que diante dos exageros positivistas na separação do Direito e da Moral, o que gera conseqüências diretas para o conceito de Direito, tal conceito permanece indeterminado. Segundo Goyard-Fabre o debate atual sobre os direitos do homem é a demonstração mais evidente disto. O fato é que o Direito não precisa negar a existência de uma Moral para isolar-se conceitualmente, ainda que não possa ser confundido com qualquer moral, já que o Direito precisa de uma objetividade que a relatividade moral não é capaz de fornecer.

Sobre o sincretismo entre positivismo e jusnaturalismo para a criação de um modelo constitucional e, portanto, de uma moralidade juridicizada, ensina Goyard-Fabre: "Para definir o Direito, não basta *conhecê-lo;* será necessário *pensá-lo* segundo outra problemática, que será a de sua fundação".[437] Deve-se "não apenas não sacrificar a realidade objetiva do direito nem a idealidade normativa que ele veicula, mas pensa-las juntas, portanto, de maneira sintética, *no cerne mesmo da esfera jurídica,* onde o direito encontra seus próprios alicerces, isto é, o que constitui a juridicidade do jurídico".[438] Isto implica, continua, a análise das estruturas jurídicas nos diversos tempos e espaços, bem como o questionamento crítico-reflexivo de sua fundação, que é o que o torna possível e válido.

O que se pretende com isso, que Goyard-Fabre denomina "pensar transcedentalmente o direito"[439], é através de uma reflexão crítica, atingir "a razão de

---

[437] GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. p. XLII.
[438] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XLII.
[439] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XLIII.

ser do direito".[440]

Goyard-Fabre propõe a necessidade de uma renovação retórica do universo jurídico a ser realizada tendo como ponto de partida a superação tanto da ignorância diante das formas diversificadas e hesitações conceituais do jusnaturalismo, bem como das ambigüidades e vertigens das teorias positivistas, analisando as premissas e motivações de cada uma destas teorias.

Segundo Bonavides, esta derrocada tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo reflete um momento para a teoria do Direito, e que mantém relação como conceito de Estado Constitucional de Direito na teoria do Estado: o pós-positivismo. Segundo Bonavides,

> [...] é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do direito natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [441]

Calsamiglia chama de Pós-positivismo o que se pode constatar como uma conseqüência da questão que envolve a materialidade inerente ao Estado Constitucional de Direito. Para ele, o pós-positivismo caracteriza-se por atacar dois aspectos do positivismo conceitual, por um lado a questão das fontes sociais do Direito, [442]e por outro a questão da não conexão necessária entre Direito e Moral.

No que concerne ao papel da Constituição neste contexto afirma Barroso:

> As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde

---

[440] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. XLIII.
[441] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 265.
[442] Nas palavras de Hart: "Segundo a minha teoria, a existência e conteúdo do Direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do Direito – isto é, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais – sem fazer referência à moral, salvo naqueles casos em que o Direito assim identificado incorporou em si mesmo critérios morais para a identificação do Direito." Cf. RODRIGUEZ, César (Org.). **La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin.** Santafé de Bogotá:Siglo del hombre editores, 1997. p. 131-132.

> logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre Estado e Sociedade[443]
>
> Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito[444], com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica: a proclamação de sua normatividade; a perda do caráter das normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma,e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo dos seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.[445]

Barroso ensina que as reflexões surgidas no Direito, em face da superação do jusnaturalismo e do positivismo, revelam ainda um amplo e inacabado campo em que se discute o Direito, sua função social e interpretação. Neste momento, o pós positivismo caracteriza-se como "a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais."[446].

Essa ruptura tanto com o positivismo e sua separação radical para com a Moral, quanto com o jusnaturalismo e sua fundamentação vazia e subjetiva e a relação com o pós-positivismo e com o Estado Constitucional de Direito ficam claros nesta síntese esclarecedora de Barroso:

---

[443] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 293.

[444] Falar em inserção no direito positivo não remete à caracterizações de um positivismo legalista e formal, isto porque, segundo o próprio Bonavides afirma sobre os princípios: "Ocupam, doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar, como temos reiteradamente assinalado, em Estado *principial,* nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito. É este um dos importantíssimos aspectos do Direito, acerca dos quais a teoria material da Constituição, ao valorar objetivamente os princípios, vem espargir luz. Com efeito, luz projetada sobre a compreensão de dimensões ainda há pouco obscuras ou encobertas no debate metodológico a respeito da natureza e da extensão da própria norma constitucional, quanto ao seu conteúdo e alcance, fora, portanto, de reduções meramente formais". Cf. BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional**. p. 293.

[445] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 294.

> O direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondem ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam as causas da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores e uma reaproximação entre ética e Direito [447]

Essa inserção de uma moralidade no Direito reflete no Estado Constitucional a idéia de Constituição material. Note-se que o próprio conceito de Constituição material reflete o sincretismo apresentado, já que enquanto o termo material representa a inserção de padrões Morais, de justiça, no Direito, o termo Constituição representa o caráter jurídico, que separa os termos Direito e moral. Juridicização esta que pode ser realizada tanto através da exigência de uma Constituição formal, quanto através de outros critérios para determinar quais destes juízos morais fazem parte do Direito.

Esta ruptura tanto com o positivismo jurídico e com o jusnaturalismo reflete, portanto, um contexto em que se apresentam dois postulados que refletem a essência do modelo de Estado constitucional no que concerne à sua relação com os fundamentos do sistema jurídico. Por um lado, há a necessidade de fundamentação do Direito a partir de princípios de justiça, o que reflete o seu cunho Moral. E por outro lado, há a necessidade de juridicização destes fundamentos, seja pela positivação, de acordo com alguns teóricos conservadores, ou através de outros critérios sobre cuja determinação a doutrina se divide.

---

[446] BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro**. p. 19.

3.2.2 A ruptura com o positivismo jurídico:

Observe-se em primeiro lugar o momento de ruptura do modelo principiológico do Estado Constitucional com o positivismo. Sobre a queda do positivismo Barroso ensina:

> O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento das idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer a dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.[448]

Esta derrocada do radicalismo positivista é acompanhada pela valorização da Constituição material, que assume importante lugar, pela possibilidade de inclusão de padrões de justiça no Direito sem permitir que tais padrões refiram-se diretamente a uma moral sem a intermediação de critérios de juridicização. A Constituição material é, portanto, a fonte de entrada da moralidade no Direito.

Bachof afirma que a questão da Constituição material está umbilicalmente ligada à existência de um Direito supra-legal, apresentando assim a forma de inserção da moralidade no Direito, que não consegue se realizar de forma cabal através da Constituição formal[449]. Sobre a relação entre a Constituição e o Direito supralegal, Bachof afirma que a positivação deste Direito no documento formal, com a incorporação de valores metafísicos no sistema constitucional positivo,[450] não

---

[447] BARROSO, Luis Roberto**. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro**. p. 19.
[448] BARROSO, Luis Roberto**. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro.** p. 18.
[449] Observe-se que há autores com resquícios positivistas que propugnam pela positivação destes direitos pelos mecanismos tradicionais. Isto, contudo, não impede a afirmação de que a constituição formal não dê conta dos direitos todos. O próprio Ferrajoli pugna pela positivação, ainda que entenda que nunca um Direito será completamente legítimo porque sempre ficarão princípios sem positivar.
[450] O termo positivo aqui indica legal, constituição formal.

resolve o problema destes direitos, apenas aparentemente, já que nem esgota o conteúdo do direito supralegal nem mesmo todas as suas regras estão necessariamente em acordo com este, sem contar, ainda, que mesmo com a imodificabilidade de tais direitos no texto positivo nada resguarda tais direitos contra a mudança da própria constituição formal como um todo[451].

Bachof apresenta a necessidade de um direito legítimo e válido ligado à existência de normas supra-legais – relacionadas à aspiração de justiça e à observação de mandamentos morais – que se consagram na Constituição material. Para ele, uma Constituição apenas é valida se é legitima sob dois aspectos: o da positivação, como decorrência da manifestação de um poder efetivo; e o da obrigatoriedade, enquanto vinculação de seus destinatários.

Esta obrigatoriedade depende: 1) de o legislador observar "os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias"[452]; 2) de "o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente"[453] Conforme se verá em momento oportuno, a Moral de que fala Bachof tem um conteúdo objetivo e aponta para um mínimo ético[454], já que não se pode colocar todas as diferentes acepções morais para dentro do Direito.

Este Direito supra-legal está intimamente relacionado, portanto, com o

---

[451] Expressa-se, assim, a insuficiência do paradigma legalista para a garantia dos direitos fundamentais. Importa lembrar que isto já fora evidenciado há séculos, quando da tentativa de codificação como forma de proteger, unificar e sistematizar os Direitos naturais.
[452] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 42.
[453] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p.43.
[454] Observe-se que os diferentes autores estudados apontam diferentes conteúdos para esta Moral que deve embaçar o Direito. Não obstante, concordam que se trata de um ponto de encontro entre as diversas morais sociais, sendo direitos essenciais dos indivíduos. Assim independe se falar em justiça

conceito de Constituição material porque não se pode aceitar apenas o reconhecimento parcial deste Direito de acordo com os ditames da Constituição formal. Se o Direito supra-legal existe, ele deve ser reconhecido por inteiro. Diante disso, infere Bachof: "o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supra-legal".[455].

Ainda com relação à inserção de normas Morais no Direito, afirma Vieira:

> Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio das cláusulas superconstitucionais, devem constituir uma reserva básica de justiça constitucional de um sistema, um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política e do qual possam ser derivadas as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas.[456]

Esta tarefa de impor um Direito supra-legal que informa a Constituiçào Material é ressaltada Sarlet que denuncia a idealidade incorporada ao Direito:

> Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais, Assim, acompanhando as palavras de K. Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de um Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.[457]

Referindo-se às características do Estado constitucional, Canotilho ensina que o Estado constitucional deve ser um Estado de justiça[458]. Saliente-se que Canotilho afirma que um Estado de Direito pode não ser um Estado de justiça. Isto ocorre quando ele é formulado por um esquema hierárquico de normas editadas simplesmente de acordo com a forma correta, pelos detentores dos poderes

---

ou direitos individuais, em Moral ou mínimo ético, o que importa é que se reconhece a necessidade de imposição de um controle valorativo no Direito.

[455] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p.46.

[456] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 231.

[457] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 63-64.

legislativos. Este é apenas um Estado de Direito formal.

Canotilho ensina que: “O Estado de Direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar princípios e valores materiais que permitam aferir do carácter (sic) justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos.”[459] Complementa afirmando que o Estado de justiça é um Estado que preza pelo princípio da igualdade, bem como pela justiça social, através da qual se encara a exclusão social algo que deve ser eliminado.

É imprescindível, neste contexto, a existência das normas fundamentais no Estado Constitucional, já que elas refletem esta colocação de um padrão de justiça no Direito. A importância das normas fundamentais para o sistema jurídico se dá por dois motivos: sua fundamentabilidade formal e material. Aquela, pode-se dizer, representa a relação das normas fundamentais com o restante do ordenamento, que se encontra abaixo delas em nível hierárquico, já esta, reflete a relação dos direitos fundamentais com sua própria essência e com seu caráter Moral. O que importa, neste contexto, é como estes Direitos fazem parte do topo do ordenamento e como eles tem um fundo moral.

Conforme os ensinamentos de Alexy, a fundamentabilidade formal significa que os direitos fundamentais são o topo do ordenamento e vinculantes para as demais normas e para os poderes do Estado, o que tem significados diferentes de acordo com o lugar do modelo constitucional entre o unicamente procedimental e o unicamente material. No caso procedimental não importa o conteúdo do que seja o Direito positivo, bastando que se enquadre nas normas de organização e

---

[458] Há outras características do Estado Constitucional de Direito, conforme se verá posteriormente. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 24 e sgs.
[459] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. p. 41.

procedimento, que são o conteúdo da constituição.(princípio dinâmico de Kelsen)[460] Neste modelo, os direitos fundamentais não têm força vinculante diante do legislador, que tem poder decisivo.

Já no modelo puramente material[461], "a Constituição contém exclusivamente normas materiais a partir das quais, através de operações metódicas, qualquer que seja sua configuração pode obter-se o conteúdo de cada norma jurídica do sistema juridico."[462] (corresponde ao princípio estático de Kelsen). Cabe aqui a determinação do universo infraconstitucional através do conhecimento e declaração do dever ser expresso pelo conteúdo da Constituição.

A Constituição dos direitos fundamentais é, para Alexy, um misto entre estes dois modelos, onde se mesclam direitos fundamentais e determinação dos fins do Estado com procedimentos para a atuação do legislativo. A fundamentabilidade formal dos direitos fundamentais, assim, determina os conteúdos constitucionalmente necessários e os constitucionalmente impossíveis para o ordenamento jurídico como um todo.

Nas palavras de Canotilho a fundamentabilidade formal implica que: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas em grau superior da ordem jurídica; (2) como normas

---

[460] De acordo com o conceito estático de Direito, as normas pertencentes ao ordenamento jurídico são decorrentes de um princípio material superior do qual todas elas ser deduzidas. Já no dinâmico, é tido como direito aquilo que é criado de acordo com determinado processo, assim, "uma norma pertence a uma certa ordem jurídica se é criada de acordo com um procedimento prescrito pela lei fundamental da própria ordem." No original: "una norma pertenece a cierto orden jurídico, si es creada de acuerdo con un procedimiento prescrito por da ley fundamental del propio orden." Cf. **Teoria general del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: Textos Universitários, 1969. p. 144.

[461] Alexy considera possível a existência de um modelo puramente procedimental, mas considera dubitável a existência de um meramente material. Cf. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 504.

[462] La Constitución contiene exclusivamente normas materiales a partir de las cuales, a través de operaciones metódicas, cualquiera que sea su configuración, puede obtener-se el contenido de cada norma jurídica del sistema jurídico. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 504.

constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadas de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão [...]; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais e escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais."[463]

No que concerne à fundamentabilidade material, os direitos fundamentais são determinantes da estrutura normativa básica da sociedade e do Estado. Ensina Canotilho sobre a importância da fundamentabilidade material com relação à constitucionalização, contextando a aparência de que apenas a formal está com ela associada:

> Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentabilidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a fundamentabilidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais[...]; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de aspectos do regime jurídico da fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe 'norma com *fattispecie* aberta (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente*[464] consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional[465]

A apreciação da moralidade no Direito, diante do exposto, é resultado da necessidade de um retorno a um padrão jurídico valorativo, do qual o positivismo havia apartado o Direito com a pretensão de cientificidade. Todas estas rupturas com o positivismo e o seu extremismo, portanto, aproximaram o Direito da moral o

---

[463] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.p.373.

[464] Ao falar em fattispecie aberta está a se falar da possibilidade de inclusão de novos direitos no âmbito dos direitos já existentes. Já ao se falar em compreensão aberta do âmbito normativo das normas está a se falar na textura aberta do próprio artigo. Cf CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra, Almedina. p. 374.

que levou Alexy a sustentar que:

> A vigência das normas jusfundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *frente à moral.* Isto se aprecia de maneira sumamente clara nos conceitos básicos jusfundamentais materiais, os de dignidade, liberdade e igualdade. Estes são, ao mesmo tempo, conceitos básicos de filosofia prática. Com eles foram incorporados à Constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios mais importantes do direito racional moderno. A precisão destes princípios e a ponderação entre eles conduz à problemas de justiça [...] Portanto, a irradiação em todos os âmbitos do sistema jurídico dos direitos fundamentais, enquanto direito positivo, inclui uma irradiação da idéia de justiça em todos os âmbitos do direito, exigida pelo próprio direito positivo.[466]

Observe-se, como já se viu anteriormente, que nem sempre o direito positivo é capaz de incorporar todos os padrões da constituição material. A exigência de positivação destes princípios depende do grau de conservadorismo com relação à positividade ou da aceitação da possibilidade de outros critérios para objetivação dos princípios na constituição material.

Sobre o caráter moral dos direitos de Vita afirma:

> Ainda que positivar um direito em sistemas normativos legais possa ser importante para a eficácia de um direito, sua existência nem sempre depende de reconhecimento legal. Esse certamente é o caso dos direitos humanos, que antes de mais nada são interpretados como constituindo um padrão moral a que se devem conformar, tanto quanto as circunstâncias de cada país o permitirem, os Estados do mundo inteiro[467]

Note-se que tal abordagem inclui a abertura do Direito a padrões morais, ainda que não explicite que esta abertura não pode ser feita deliberadamente, confome se verá já a partir do próximo item deste capítulo.

Enfim, ressalvando-se as diferenças entre os autores – sobre a necessidade de positivação por exemplo – fica claro o intento pós-positivista expresso pelo

---

[465] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 373.
[466] "La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto *frente a la moral.* Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad y igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de filosofía práctica. Con ellos han sido incorporado a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno. La precisión de estos principios y la ponderación entre ellos conduce a los problemas de justicia". Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. p. 525 – 526.

Estado Constitucional de Direito através do conceito de Constituição material e direitos fundamentais. O que importa nisto tudo não é sequer a necessidade de que estes Direitos sejam denotados como supra-legais, mas que eles reflitam uma busca de um padrão valorativo no ordenamento.

Esta busca não pode refletir outra coisa senão a ruptura com alguns moldes positivistas, já que para este modelo se fazia mister para o isolamento do Direito a ruptura com qualquer apreciação que pudesse romper com a certeza das premissas jurídicas, já que a moral era relativa e bastava a determinação procedimental estatal para escolher em definitivo o sistema moral que o Direito iria adotar.

Essa enunciação da moral relativa afirmada pelo positivismo acabava, em virtude do seu extremismo, gerando um Direito indiferente à moral. Certamente que atualmente ainda se crê na relatividade da moral, já que se reconhece, mais do que nunca, que se está em um mundo plural. Não obstante, a crença no certo e no errado gera o intento de uma resposta correta, como diria o velho Dworkin, ou ao menos uma tentativa de encontra-la, como argumenta Alexy[468]. É neste sentido que as diversas teorias contemporâneas se esforçam.

3.2.3 A ruptura com o jusnaturalismo:

Essa crença na relatividade da moral reconhecida como fato diante da impotência do jusnaturalismo em afirmar os princípios que defendia reflete o descrédito da afirmação de uma ontologia-ética. O fato é que para o Direito do

---

[467] VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. In**: Lua Nova. Revista de cultura e política**. Revista do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 30. São Paulo, 1993. p. 16.
[468] ALEXY, Robert. Sistema juridico, principios juridicos y razón prática. **Doxa**. Tradução de Manuel Atienza. n.5, p. 139-151, 1988.

Estado Constitucional não importa se há ou não Direitos absolutos, eternos e imutáveis, característicos da natureza humana. O que importa é que a fundamentação destes Direitos não pode mais ser feita através da simples referência à natureza[469] – independentemente de o jusnaturalismo se encerrar nesta crença, como se viu com Höffe no capítulo anterior.

Höffe ensina que atualmente há um retorno de categorias do Direito natural, que se reflete na teoria do contrato que muitos se baseiam e que resulta de um recurso à filósofos iluministas. No entanto, ressalta, "a expressão 'natural' está tão desacreditada que não é mais empregada; a reabilitação do Direito natural moderno prefere-se denominar uma 'Teoria da Justiça' (Rawls)"[470]

Adeverte Höffe que "ambos, o pensamento do Direito natural e o da justiça, têm em mira aquela crítica suprapositiva de Direito e de Estado que é basicamente rejeitada pelas diversas variantes do positivismo jurídico".[471][472]

O fato é que este esforço pela Constituição, que em princípio aproxima do jusnaturalismo, é também o que distancia o Direito dele, bem como da moral, isto

---

[469] Não se pode deixar de lembrar a tentativa jusnaturalista de fundamentação a partir da codificação, que já se mostrou instrumento inadequado por levar ao extremo oposto: a negação positivista da Moral. Importa notar que o direito natural que de fato existiu pretendia, teoricamente, ser uma ontologia ética, mas a falta de fundamentação para além da mera referência à natureza humana tornou esse ideal muito difuso, não se podendo constatar a afirmação de fato de direitos naturais que fossem diferentes de uma moralidade difusa representada pela interpretação dos juízes. Precisa-se de critérios para além de uma mera referência à natureza humana.

[470] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 74-75.

[471] HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 75.

[472] Observe-se que ainda que os teóricos do Estado Constitucional refiram-se à falta de fundamentação dos direitos fundamentais para além da referência ã natureza humana, Höffe alerta, conforme se viu no capítulo anterior, que não é necessariamente assim. Para Höffe, conforme visto no capítulo anterior, o Direito Natural, nem sempre cai na falácia ser-dever-ser, isso pelo fato de em alguns casos seus silogismos traduzirem entimemas que tem argumentos de justiça como premissa oculta porque óbvia. A questão da justiça, que atualmente se encontra em teóricos como Rawls, portanto, não deixa de ser um fundamento do Direito natural. Não obstante, não importa para a conclusão do presente estudo se de fato o jusnaturalismo tinha ou não fundamentos para além da referencia ao estado natural. O que importa, sim, é que os teóricos do Estado Constitucional buscam esta fundamentação para além da natureza e portanto, estabelecem critérios capazes de separar direito e moral. Critérios estes que para além da superação de uma fundamentação na simples

porque reflete a busca critérios para a determinação da moralidade apta para o Direito, ainda que os autores possam divergir quanto a quais sejam esses critérios. Isto distancia do jusnaturalismo, segundo os teóricos do Estado Constitucional.

Por um lado porque tais critérios rompem com a fundamentação metafísica e incapaz de solucionar o problema do pluralismo valorativo, típica da doutrina do Direito natural. Tais critérios vão além da mera tentativa de legislar para afirmar a supremacia dos direitos, como foi o caso da codificação. Eles servem é para justificar de maneira real a assunção de tais valores no Direito. A questão não é, portanto, como afirmar direitos naturais já existentes, mas de determinar quais são estes direitos. É justamente para esta tarefa que tais critérios se esforçam.

Por outro lado, tais critérios distanciam da moral, porque são eles que conferem juridicidade a tais princípios morais, ainda que se argumente sobre a sua incerteza.[473] Note-se que eles, além de virem a fundamentar a validade dos direitos baseiam-se nas estruturas jurídicas construídas historicamente e das quais nao podem se esquivar, quais sejam: a democracia e a legitimidade. Não se aceita mais a imposição valorativa por ser simplesmente decorrente de um estado natural, ela deve ser justificada a partir de cada pessoa, ainda que os teóricos possam divergir sobre a forma de realização destes ideais.

O que se deve ressaltar é que o jusnaturalismo, embora tenha sido historicamente importante para a afirmação de princípios de justiça no Direito, não mais pode se sustentar, já que tais princípios não podem ser fundamentados a partir

---

natureza, visam superar outros dogmas jusnaturalistas, como a rejeição da conscientização sobre o caráter relativo da moral. Cf. HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. p. 75.

[473] Não fica aqui o positivismo, critério mor, isento desta incerteza, já que o ordenamento positivo nunca foi completo e, portanto, permitia mais ainda uma abordagem moral, e ainda sem critérios. Busca-se, portanto, a moral correta e importante para o Direito através de critérios jurídicos que culminam no conceito de constituição, porta e barreira para a entrada da moral no Direito, o verdadeiro ponto de compromisso entre Direito e moral.

da simples referência à natureza humana. Segundo de Vita:

> A tese de que todos os seres humanos são portadores de determinados direitos, e de que isso tem implicações cruciais para o exercício legítimo da autoridade política em uma sociedade, foi primeiramente defendida, nessa forma, pelos filósofos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Mas hoje não precisamos recorrer a noções de lei natural ou de natureza humana essencial, tão vulneráveis ao ceticismo e ao relativismo morais, para fundamentar a existência de direitos.[474]

Segundo Oscar Vilhena Vieira, as cláusulas constitucionais intangíveis, aquelas que devem ser preservadas diante do poder de reforma da Constituição, isto é, as cláusulas superconstitucionais, devem afastar sua justificação racional de dois pólos, que constituem duas armadilhas: a sua intangibilidade não pode ser sustentada nem pelo jusnaturalismo nem pela sua positividade, esta porque dispensa qualquer referência ao conteúdo das cláusulas, conforme já explicado no item anterior.

Com relação ao jusnaturalismo, afirma Vieira:

> as teorias racionalistas do direito natural não mais oferecem condições para justificar o absolutismo de valores transcendentes em face da exigência do cidadão contemporâneo (desencantado) de se autogovernar, ou seja, de não mais ter sua vida guiada por uma razão que não seja a sua própria. [475]

Isso, note-se, não reflete um jusnaturalismo racional, mas a necessidade de cada ser humano de participar na determinação dos direitos fundamentais, que não podem ser impostos previamente como decorrentes da natureza humana.

Certamente necessita-se de valores, mas que não mais se bastam no simples dever pelo dever, ainda que se possa aceitar que resguardem um caráter universal. Não é mais possível, esclarece Vieira, falar em Constituição sem falar em seu conteúdo ético. Não obstante:

---

[474]VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. **In Lua Nova. Revista de cultura e política.**

[475] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**. p. 222.

> Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias constituições é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidos por um poder constituinte anterior, ou de se compatibilizarem com um conjunto predeterminado de direitos, não é suficiente para garantir a sua legitimidade.[476]

Aqui fica evidente a necessidade de aceitação que não pode ser meramente remetida a um rol prévio de princípios, eles devem, antes, ser justificados. Isso porque não se aceita ou não se precisa mais recorrer ao simples conceito de natureza das coisas (jusnaturalismo cosmológico), providência divina (jusnaturalismo teológico) ou natureza humana (jusnaturalismo racional). Além disso, outras características dos princípios não permitem a sua simples referência à natureza humana. É o caso da variedade dos princípios que podem até mesmo mostrar-se contraditórios.

Tal compreensão é afirmada por Jorge Miranda, que ensina que a problemática dos direitos fundamentais, suscitada pela existência dos direitos fundamentais materiais, não pode se esgotada no apelo ao Direito natural, ao valor e dignidade da pessoa humana, a direitos que derivam da natureza do homem ou do Direito. O fato é que tal apelo:

> [...] não basta para dilucidar a problemática constitucional dos direitos fundamentais, porquanto o âmbito destes direitos vai muito para lá da fundamentação própria do direito natural. Quer no século XIX quer, sobretudo, no século XX os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar diretamente) todos na natureza e na dignidade da pessoa [...] Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes jurídico-filosóficas distintas).[477]

Alerta Miranda que o conceito de constituição material, ainda que arraigado em algumas noções de Direito natural, mas incorporado por limites – acima

---

[476] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**. p. 225.

enunciados, representantes de outras formas para sua fundamentação –, traz a possibilidade de realização de um juízo crítico a uma constituição material que, a partir de uma mera referência ao Direito natural, nega os valores presentes em uma consciência universal, sendo desfavorável ao direito das pessoas, o que permite aferir a deficiência desta Constituição e o caráter de opressão em que vive o seu povo.

O problema, portanto, não está nos direitos fundamentais, mas na concepção de constituição material que se têm neste sentido, esclarece Miranda: "Situando os direitos fundamentais no contexto da Constituição material, permite apercebe-los à luz dos princípios e dos fatores de legitimidade de que dependem".[478]

Aqui se percebe a possibilidade de engodo a que uma atribuição do caráter de natural a determinados direitos, sem a devida justificação, pode causar. Daí a diferença entre a constituição simplesmente aceita em uma determinada sociedade, que poderia ser comprovada através da regra de reconhecimento hartiana – que simplesmente afere o ser do Direito –, e aquela que depende de critérios de legitimidade que se compreendem nos valores da consciência universal, e parecem, portanto, ser apreendidos do próprio consenso.

A diferença é que no primeiro caso apenas observa-se que tipo de valores uma determinada sociedade atua e no segundo caso observa-se que tipo de valores uma universalidade de indivíduos considera corretas. Lá, é um juízo de universalidade de fato, que pode ser opressor, aqui, um juízo de universalidade deontológico, exigido como padrão de legitimidade. Daí se depreende que a legitimidade dos princípios inseridos em uma constituição material depende de

---

[477] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1993.Tomo IV. p.10.

fatores que vão para além da mera enunciação de princípios como decorrentes de um Direito natural.

Nesta esteira, os ensinamentos de Vita, a respeito da consciência universal como padrão de objetividade para os princípios, a fim de demonstrar como entre as diversas moralidades há alguma mais justificável o que implica que para a determinação da objetividade nao importa se sejam ou não direitos naturais, basta a maior justificabilidade.

> Considerar que os direitos humanos constituem uma moralidade internacional supõe que seja possível justificar princípios e normas morais dotados de certa objetividade, isto é, de validade intersubjetiva e transcultural. No mínimo, devemos ser capazes de afirmar que certos princípios, se não são verdadeiros segundo o critério das ciências naturais, são mais justificáveis do que outros.[479]

O que se evidencia é a necessidade de um rol de princípios que não seja simplesmente dado, seja por Deus, pela ordem cósmica ou pela razão, mas que seja justificado, legitimado, e a partir daí sim, capaz de tornar-se uma ordem objetiva de valores, superando o pluralismo valorativo.

Nesta esteira, leciona Vita que não é a qualquer ideal de bem que se pode atribuir o conceito de direitos humanos. Isso porque "atribuir direitos é sempre correlato a sujeitar pessoas a encargos normativos vários, precisamos ser cuidadosos na utilização da linguagem dos direitos".[480] Neste sentido, afirma, há uma pluralidade de concepções de bem, mas apenas algumas podem adquirir o caráter de direitos. E continua:

> Parece-me extremamente importante entender o seguinte. Uma coisa é sustentar que direitos ocupam um lugar importante na moralidade política de uma democracia. Outra coisa muito distinta é dizer que tudo aquilo que é valioso para nós, atinente à ação e às instituições políticas, pode ser expresso no vocabulário de direitos.[481]

---

[478] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. p. 11.
[479] VITA, Álvaro de. **O lugar dos direitos na moralidade política**. p. 18.
[480] VITA, Álvaro de. **O lugar dos direitos na moralidade política**. p. 24.
[481] VITA, Álvaro de. **O lugar dos direitos na moralidade política**. p. 26.

Vita acrescenta que a estes valores individuais deve haver um lugar em outra linguagem moral que não a dos direitos. (25)

A par, portanto, da impossibilidade de fundamentar os princípios fundamentais em simples parâmetros ontológicos imanentes como a natureza humana, fica evidente a necessidade de se atentar ao pluralismo de valores que existe na sociedade, o que de certa forma foi alertado por Kelsen ao atentar para o relativismo moral que entendia contraposto ao modelo jusnaturalista.

O constitucionalismo informa, assim, que os direitos que serão inseridos na moralidade estatal não poderão refletir qualquer concepção de bem, mas uma específica concepção. Necessita-se, portanto, respeitar o pluralismo mas entender que não são todas as concepções morais que serão abarcadas pelo Direito.

Para Bachof, aceitando a expressão de Georg Jellinek, a moral, reconhecida pela comunidade jurídica e cuja observação é determinante para a legitimidade da constituição, trata-se de um mínimo ético, visto que nenhum defensor do Direito supralegal aceitaria que tudo o que postula a razão, a religião, a natureza ou a lei moral seja considerado como Direito vigente. Afirma Bachof que o Direito natural que for além deste mínimo pode ser usado como interpretação e não mais do que isso.

Esta determinação do limite dos direitos a um mímimo ético é uma manifestação da busca por uma moralidade no Direito, mas uma moralidade específica o que impõe um limite à simples transposição indiscriminada de concepções morais plurais para o Direito como se fossem absolutas.

Afirma Bachof que: “O direito supra-legal assim delimitado é uma ordem *objetiva.* Cumpre em especial separar inteiramente o recurso a esta ordem, do recurso à consciência individual como fundamento de validade ou fonte de decisões

judiciais”[482] Fica claro, assim, como este mínimo ético manifesta uma materialidade inerente à Constituição e portanto, embora nascido dentre morais plurais, acaba afirmando-se como uma específica moralidade objetiva, apta a configurar o aspecto material da Constituição.

Já de acordo com a posição de Vita, os pressupostos para que determinados interesses caracterizem-se como direitos depende, especialmente no caso dos direitos humanos, deles corresponderem:

> [...] a um aspecto do bem-estar do portador do suposto direito suficientemente importante para fundamentar a atribuição de deveres a outros; e deve ser possível identificar que deveres são esses e que agentes estão sujeitos a eles. Se não houver considerações em contrário de peso à atribuição desses encargos normativos, dizemos que o direito existe. (ainda que os deveres correlatos ao direito não sejam, de início, conforme já foi visto, legalmente reconhecidos nos tribunais).

Os direitos humanos, na verdade, afirma de Vita, “enquanto uma moralidade internacional, eles constituem um padrão para avaliar o que é uma vida humana *minimamente* boa e não uma linguagem para exprimir tudo aquilo que possamos conceber como vida boa para o homem” e complementa:

> A utilização eficaz desse vocábulo requer, portanto, que atentemos para a sua natureza de moralidade mínima internacional e para o caráter essencialmente *político* de um padrão moral que tem por objeto sobretudo a avaliação da conduta de governos e do funcionamento das instituições básicas da sociedade.[483]

Neste sentido, ressalta Vieira que direitos como a igualdade e a liberdade, entre outros necessários à preservação da dignidade, são sempre limites à reconstitucionalização. A legitimidade das cláusulas constitucionais intangíveis, assinala, depende da sua consideração como “elementos estruturantes, que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo

---

[482] BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p.44.
[483] Cf. VITA, Álvaro de. **O lugar dos direitos na moralidade política**. p. 24–29.

Direito”[484]

A legitimidade das cláusulas superconstitucionais não depende do respaldo de um jusnaturalismo, ela se fundamenta, afirma Vieira, “na capacidade de compreender quais as condições fundamentais para a preservação da dignidade e da autonomia privada e pública dos cidadãos”[485] .

Para de Vita, há dois fundamentos dos direitos, que nada tem de naturais, a serem ressaltados. O primeiro destes fundamentos seria algumas restrições aceitas mutuamente com relação aos meios pelos quais cada um deseja realizar suas concepções de bem, já que estas mesmas são plurais. São limites refletidos em alguns princípios e regras morais a cada um na realização de seu ideal de bem. Um segundo fundamento, de inspiração kantiana, parte da crença no valor igual dos seres humanos, a concessão de direitos às pessoas é uma forma de afirmar a humanidade dos indivíduos como fim em si mesma.

> Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade**,** proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar á eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional.[486]

Independentemente de quais os motivos expostos, e que tipo de direitos se pretende sejam os valores jurídicos, importante é observar que eles refletem uma necessidade básica de inclusão dos indivíduos em alguns valores dos quais considera-se não poderem ser despidos. O importante é ressaltar a necessidade de que eles tenham um fundamento.

Sobre a necessidade de fundamentação dos direitos fundamentais alerta

---

[484] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**. p. 225.
[485] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça**. p. 227.

Miranda:

> [...] a conveniência e, mais do que a conveniência, a necessidade de uma fundamentação ou, no mínimo, de uma racionalização dos direitos fundamentais revela-se iniludível quer no plano estritamente abstrato e teórico, quer no plano da interpretação jurídica, quer no plano da política legislativa[487]

Sobre a importância da fundamentação dos direitos fundamentais ensina Miranda que:

> 1) "contestar o interesse do problema da fundamentação equivaleria a negar toda ou quase toda a problemática filosófica das relações entre a pessoa, a sociedade e o Estado, a da limitação jurídica do poder político ou até a da natureza do direito subjetivo".[488]
> 2) "a renúncia à fundamentação poderia inculcar a renúncia também ao referencial ético, sem o qual os direitos fundamentais não poderiam ocupar na ordem jurídica de um Estado uma posição proeminente ou exercer uma ação geradora de transformações necessárias; poderia envolver, para muitos, a resignação perante as leis positivas vigentes ou perante as contingências da sua aplicação; poderia traduzir a recusa de qualquer dimensão utópica ou idealista, única capaz de explicar a luta pelos direitos do homem, ou a perda da universalidade destes direitos em um mundo cada vez mais próximo e unificado".[489]

O terceiro aspecto desta necessidade de fundamentação reflete a reivindicação da maioria, senão todos, os teóricos do Estado Constitucional:

> 3) "não tanto a nível (sic) de idéias quanto a nível de valores, a existência de algum consenso acerca dos direitos fundamentais é uma das bases de legitimidade de qualquer regime ou Constituição. Não terá de ser, porventura, o fundamento último em termos filosóficos, mas será, certamente um requisito mais sólido do que o simples equilíbrio de forças políticas econômicas e sociais. E nenhum regime pluralista poderá subsistir, a prazo, sem a crença arraigada no valor da liberdade política."[490]

Fica indicado o consenso como critério mor para indicar tais direitos, já que reflete a legitimidade popular ao mesmo tempo em que possibilita o encontro do padrão valorativo social.

Segundo Miranda, a crise nos parâmetros de fundamentação – valores justificativos – dos direitos fundamentais, coloca os próprios direitos fundamentais

---

[486] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p.64.
[487] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 42.
[488] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 43.
[489] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 43.
[490] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 43.

em causa.

Para Miranda, outro fator importante para verificação da variedade de condições para a realização dos direitos do homem é a história, apreciada de modo reflexivo ligando-a "ao destino da pessoa humana em concreto, à consciência que tenha de si mesma, à consciência que tenha de seus direitos ou da necessidade de os adquirir e alargar em todos os domínios da vida social e política"[491]

Esta expressão de critérios de legitimidade propriamente jurídicos para a determinação da moralidade jurídica manifesta-se na necessidade de diferenciação desta moral frente às diversas moralidades decorrentes do pluralismo social o que explica a distinção entre Direito e Moral que se apresenta neste Estado de Valores, o Estado Constitucional. Critérios estes que servem de determinação da moral no direito mas, ao mesmo tempo, servem como filtros que juridicizam esta moral, delimitando o conceito de Direito diante do conceito de Moral. Trata-se, observe-se, de uma positivação, ainda que não positivista, porque gera Direito Positivo, isto é, Direito posto pela vontade humana, através de critérios de legitimidade destes preceitos jurídicos de conteúdo moral.

O pós-positivismo, assim, ao mesmo tempo em que se distancia do jusnaturalismo devido à necessidade de fundamentação dos direitos de forma não metafísica, acaba por se distanciar ainda mais, quando rompe com a cegueira deste ao relativismo cultural e busca, através de critérios específicos, encontrar a melhor moral. A cegueira jusnaturalista à necessidade de fundamentar os direitos como forma de conformar o relativismo não mais se aceita, por ser perigosa ao possibilitar a aceitação de uma moral relativa como absoluta e diante disso, a imposição de uma moral apenas pretensamente universal e a dominação cultural, conforme já visto.

A partir desta necessidade de fundamentar valores de justiça, que tenham um conteúdo Moral, não indiferente – o que distancia do positivismo – mas que, contudo, não podem ser referidos a uma simples lei da natureza – o que distancia do jusnaturalismo[492] – busca-se a inserção de princípios fundamentados no Direito.

Tal fundamentação, contudo, não pode ser distante da crença na democracia, enquanto governo do povo. Sendo tais valores válidos para todos acima dos pluralismos valorativos, a manifestação a respeito dos princípios fundantes só pode ser buscada naquilo que a comunidade considere um valor compartilhado. Assim, as diversas tendências contemporâneas buscam um conceito moral objetivo, que afastado das falácias jusnaturalistas, colhe a fundamentação da moralidade jurídica em aspectos éticos que se expressam através da defesa de conceitos que representam o amadurecimento histórico da vida em sociedade, são conceitos como o consenso, a democracia[493], e a legitimidade, colocando no povo, não excluído, a determinação de uma Moral juridicizada pelos próprios critérios que a determinam..

3.2.4 O consenso constitucional: para a representação de um critério de juridicidade:

O Estado Constitucional, como se viu, é organização representada pela soberania da Constituição, instância de garantia dos princípios fundamentais. A partir desta manifesta-se a conformação entre a pluralidade de concepções

---

[491] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 45.
[492] Já que, ainda que os autores acreditem em uma ontologia-ética não podem afirma-la pela descrença atual na sua forma de fundamentação e pela facilidade de engodo que ela permite.
[493] Observe-se que a idéia de democracia é entendida em seu sentido mais literal como governo do povo e não simplesmente através de uma dimensão representativa que representa o poder da maioria. Este, no Estado Constitucional, sucumbe aos direitos fundamentais amparados em uma democracia mais perfeita e inclusiva.

valorativas sociais. Isto acontece porque ela vem a representar o momento de consenso entre os indivíduos. Esta é a realidade jurídica que se pode vislumbrar de acordo com grande parte dos constitucionalistas contemporâneos.

Neste sentido, o consenso, inerente aos preceitos da Constituição material, faz desta o ponto de compromisso entre Direito e Moral já que é através desta instância que os preceitos serão incorporados ao Direito como verdadeiros preceitos jurídicos. Este é o critério que parece despontar, à revelia da fundamentação metafísica jusnaturalista, como forma de justificar a adoção de valores morais no Direito. Não obstante, ensina Bobbio, o jusnaturalismo já colocava a questão do consenso.

Segundo Bobbio:

> Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do Direito, já que este consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria faze-lo Giambatista Vico[494].[495]

Hoje, contudo, pela própria estrutura jurídica do Estado Constitucional, tal consenso pode fazer parte do Direito como critério estabelecido para a afirmação dos valores. Assim, alerta Bobbio, que o documento capaz de expressar este consenso já existe:

> Somente depois da Declaração dos Direitos do Homem é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente colhido no universo dos homens.[496]

---

[494] BOBBIO, NORBERTO. A ERA DOS DIREITOS. TRADUÇÃO DE CARLOS NELSON COUTINHO. RIO DE JANEIRO: CAMPUS, 1992. P.27.

[495] Neste mesmo sentido observe-se a própria elaboração kantiana sobre a Moral, que determinava que ela deveria ser apreendida pela vontade que expressaria um juízo racional universal. Tal universalidade, saliente-se, é da própria vontade que determina o consenso e portanto, é uma forma de apresentação do consenso.

[496] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. P. 28.

A diferença entre a mera desconfiança sobre a existência da autoridade do consenso no jusnaturalismo e a certeza do modelo atual é que àquele faltavam os instrumentos de juridicização, seja porque tal idéia – do consenso – fosse inscipiente, seja porque não houvesse uma elaboração jurídica ou evolução social capaz de determinar com precisão o universo deste consenso. A tentativa de precisão dos direitos naturais, como se viu, falhou juntamente com a tentativa da codificação. Estas apreciações jusnaturalistas, como se sabe, teorizavam um Direito natural e absoluto, mas na prática sua atuação não poderia ser senão difusa e incerta, justamente pela falta de critérios.

O que torna a apreciação da moralidade no Direito atual diferente daquele momento é justamente a existência de critérios que devem justificar estes valores, definindo-os e assim, conferindo a eles juridicidade. No pensamento de Habermas, esta juridicização pode ser encontrada na existência de critérios representantes de uma manifestação institucional que acabam enunciando a determinação do conteúdo do Direito.

> [...] os processos jurídicos aproximam-se das exigências de uma racionalidade processual completa, uma vez que estas mesmas se encontram associadas a critérios institucionais, isto é, independentes e, mediante os quais a partir da perspectiva de um indivíduo não participante, é sempre possível observar, se uma decisão foi tomada corretamente ou não. O procedimento dos discursos morais e não regulados juridicamente, não preenche esta condição. Aqui, a racionalidade do procedimento encontra-se incompleta. Se algo deve ser julgado, sob um ponto de vista da moral só é possível de decidir a partir da perspectiva dos participantes, uma vez que faltam critérios externos ou anteriores.[497]

Para Habermas a existência de critérios é o ponto de determinação da estrutura jurídica. “Essa estrutura reflete-se no modo singular da validade do Direito que se situa entre a facticidade de o Estado promulgar o Direito com a legitimidade

---

[497] HABERMAS, Jügen. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lipert. Lisboa: Fundação Piaget, 1999. p. 58.

da positivação jurídica através de um procedimento que se pretende racional"[498]

Neste sentido, independentemente de qual seja este procedimento, observa-se que o Direito que se quer separar da moral só pode ser o Direito positivo, enquanto posto pela vontade humana, ainda que não necessariamente legislado. Trata-se do Direito institucionalizado, que é diferente da moral justamente porque pode ser determinado. Esta institucionalização que aparece claramente na definição de Direito afirmada pelos teóricos desde Kant[499], onde praticamente começa a teorização sobre a diferença entre Direito e moral.

Após a teorização de Kelsen, sobre a qual se pode observar a evidenciação da unicidade e certeza que este caráter institucionalizado do Direito provoca. O exageros de Kelsen, contudo, decorreram do fato de propugnar pelo desprezo à existência de um Direito natural e consequentemente de uma Moral, enquanto visava a fuga da inconsistência prática do conceito de Direito natural. O erro foi o desprezo pela existência da necessidade de considerar o conteúdo do Direito e a possibilidade de consenso, que ele negava decididamente.

O fato é que atualmente o procedimento para quem busca a afirmação de um Direito de cunho Moral é a possibilidade de que este Direito seja um consenso, e portanto, de que seja aceito pelos demais. Sobre o assunto esclarece Bobbio:

> O problema do fundamento dos direitos do homem apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um *direito que se tem.* ou de um *direito que se gostaria de ter.* No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma válida que reconheça qual é esta norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detém o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) e reconhece-lo.[500]

---

[498] HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Chistophe e MOREIRA Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 69.
[499] Vide parte dois do capítulo um.
[500] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 15.

O fundamento dos direitos, ou seja, a sua justificação que juridiciza, parte de um processo histórico de luta e convencimento, que acaba por enunciar os Direitos fundamentais que as pessoas têm. Tal consenso, diante disso, não representa uma simples elaboração conjunta e unânime de determinada reunião de indivíduos. Sua elaboração e afirmação, conforme defende o próprio Ferrajoli[501], decorre de um processo histórico de denúncia de abusos que correspondiam à defesa de valores morais destrutivos de direitos.

O que a história faz é denunciar tais situações de modo a fazer com que o próprio indivíduo que defende tais valores vís acabe por não ter mais coragem de defendê-los pela sua incapacidade de justificação. Tais situações, portanto, vigem enquanto não se denuncia fortemente a sua incapacidade de justificação racional.

Trata-se, assim, de uma luta histórica que culmina com a realização de um consenso. Na verdade, esta situação também pode ser vislumbrada na teoria de Dworkin[502]. A diferença é que ele enuncia de forma mais evidente os caracteres desta justificação, criando procedimentos para o encontro do consenso[503], o que faz através do conceito de integridade, onde se parece querer catalisar, em uma argumentação jurídica, os princípios de uma formulação decorrente de toda a história do homem. Talvez até mesmo porque a história tenha demonstrado este caminho. O fato é que se trata de uma luta histórica cujos argumentos tenta-se evidenciar a fim de facilitar este processo de afirmação do consenso.

Independentemente, contudo, de como se pretende alcançar este

---

[501] Vide item 2.1.2.1 sobre o ponto de vista externo.
[502] Vide itens 2.2.2.1 e .2.2.3.2 sobre os fundamentos e sobre a integridade.
[503] Talvez porque se acredite que esta razão histórica possa ser remetida a um conceito universal de justiça e não simplesmente a uma situação provisória e contextualizada historicamente de consenso. Ainda que esta história seja longa.

consenso[504], o que importa perceber é que ele é tido como um critério aceito atualmente como forma de imposição dos Direitos fundamentais, dos valores no Direito, e portanto, não pode ser simplesmente remetido a uma apreciação moral relativa e de conteúdo indiferente ao Direito ou a uma idéia de razão absoluta não justificada.

Segundo a concepção de Bobbio[505], os direitos são fins que devem ser perseguidos, de modo que encontrar o seu fundamento é um meio adequado para que eles tenham um reconhecimento mais amplo. Esta buscapor um fundamento, segundo a opinião de Bobbio, traz a ilusão do fundamento absoluto, sobre cuja defesa se debruçaram os jusnaturalistas a partir do conceito de natureza humana. Atualmente, contudo, afirma, esta ilusão do fundamento absoluto não é mais possível.

Isso porque em primeiro lugar, não é possível uma noção precisa do que sejam tais direitos. Em segundo lugar, tais direitos são variáveis, como a própria história tem demonstrado. Há uma pluralidade de concepções morais e religiosas. Os direitos do homem, ademais, são heterogêneos, havendo muitas pretensões diferentes entre si e até mesmo contraditórias. O que implica que razões que podem sustentar alguns não servem para outros. Salvo poucos direitos que servem a todos e não concorrem entre si, a maioria dos casos gera escolhas duvidosas, já que ambos direitos tem boas razões. Há ainda a existência de direitos fundamentais cujo exercício prejudica os direitos fundamentais de outros.

> É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhece-la, mas não tentar supera-la buscando outro fundamento absoluto para servir

---

[504] Independentemente de outras teorias identificarem este consenso de outras formas, mediante outros procedimentos, Ou até mesmo independentemente da crença sobre se tais direitos são a

[505] Diferente de Dworkin já que este acredita que com o procedimento construtivista encontra, no fundo, uma ontologia-ética.

> de substituto para o que se perdeu.[506] Nossa tarefa é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar em cada caso concreto, *os vários fundamentos possíveis.*[507]

Não obstante esta variabilidade de tais direitos, considera Bobbio que o problema do fundamento dos direitos do homem já está resolvido. Teve a sua solução a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelo Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1848.

> A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis.*[508]

Bobbio ensina que há três formas de fundar os valores: "deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considera-los como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso)".[509]

A primeira forma, continua, possibilita a maior garantia de validade universal, isso se existisse a natureza humana e este fosse um dado cognocível em sua essência, enquanto constante e imutável. Já a segunda forma impede a possibilidade de submissão do valor, por evidente, a qualquer prova ou argumentação racional.

> O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível

---

[506] Atualmente, ainda que se acredite na existência de uma ontologia-ética como é o caso de Dworkin, não mais se remete o fundamento dos direitos a uma instância metafísica injustificada. O caminho, também para Dworkin, vai ser buscado no consenso.
[507] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 24.
[508] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 26.
[509] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 26.

> ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado.[510]

A necessidade de fundamentação dos princípios em padrões não meramente referentes a uma ontologia, como a natureza humana, mas enquadrados em um Estado que não pode ser opressor e, portanto, permita a manifestação das pessoas, pode se observar no pensamento de Miranda nas conseqüências que atribui à existência de uma dupla noção de direitos fundamentais, formal e material, quais sejam:

> [...] não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado Totalitário, ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o.[511]

Parece um consenso mesmo na doutrina o fato de que o consenso decorre de uma comprovação histórica e que na sua essência está a institucionalização, a afirmação do Estado governado pelos indivíduos.

Nesta perspectiva, Sarlet explica que os direitos fundamentais consistem em: "[...] determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada[512][...]".

O que se deve notar é que este consenso representa a juridicidade dos valores, posto que é um critério justificado para a inserção destes no mundo jurídico. Isto porque tal critério é traduzido na aceitação de tais valores pelo povo, mas não mais simplesmente através do conceito de democracia representativa, própria do

---

[510] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 27.
[511] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. p. 8.

sistema legalista. Ele se afirma como conceito diferente, próprio do sistema constitucional: o que Ferrajoli chama de democracia substancial.

É o povo através do consenso histórico que afirma os valores maiores do ordenamento, e não o povo representado por um poder legislativo que impõe leis, que irá representar a justificação do sistema jurídico. Este, portanto, o critério de juridicidade do Estado Constitucional, que acaba, de uma vez por todas, representado pelo consenso constitucional.[513]

Neste sentido, afirma Calejón:

> A transformação da Constituição liberal em Direito constitucional, que é a seu turno a transformação do Estado legal de Direito em Estado constitucional de Direito situa o TC [tribunal constitucional] como órgão de garantia máxima do consenso social fundamental expressado na Constituição. Posto que as maiorias no poder não necessitam, normalmente, mais garantias que os recursos (molas) do poder do Estado para promover o desenvolvimento de seus planejamentos, o TC se converte, antes de tudo, em órgão de garantia do respeito àquela parte do consenso com o qual não se identifica a maiori[514]: garantia, portanto, do respeito ao pluralismo e aos direitos das minorias[515]

Este governo do povo, conforme se observa em Sarlet, impõe o respeito

---

[512] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p . 65.

[513] Pode ser que se encontre divergências sobre o alcance desta idéia de consenso e sobre o encobrimento de uma situação de opressão que tais valores tidos como consenso podem evidenciar. Não obstante, esta é uma tendência própria do Estado constitucional evidenciada não só pelas declarações de direitos, mas também por grande parte da elaboração teórica constitucional. Fica, contudo, o alerta de que tal problema não termina aqui já que sobre o próprio conceito de consenso há divergências, o que se pode observar nas próprias teorias expostas no presente capítulo.

[514] Isso demonstra que há dois parâmetros de legalidade, um consenso mais geral que é de todos e um consenso mais especial que é diferenciado conforme os interesses dos indivíduos. Os direitos fundamentais pretendem ser este consenso mais geral. Dworkin e Ferrajoli também trabalham com ele, embora para Dworkin há princípios que são determinados pelo consenso mais geral e por outro lado, a descoberta das concepções de justiça se dá no âmbito da comunidade, através da integridade. Note-se que os princípios do consenso são pressupostos de existência da comunidade. Acho que a integridade serve para determinar caso a caso os critérios de justiça na prática. Isto é, para determinar como os princípios consensuais de justiça são melhor aplicados. Por ex: o que significa, na prática, tratar ao outro com igual consideração e respeito.

[515] La transformación de la Constitución liberal en Derecho constitucional que es a su vez la transformación del Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho sitúa al TC como órgano de garantía máxima del consenso social fundamental expresado en la Constitución. Puesto que las mayorías en el poder no necesitan, normalmente, más garantías que los resortes del poder del Estado para promover el desarrollo de sus planteamientos, el TC, se convierte, ante todo, en órgano de garantía del respecto a aquella parte del consenso con el que no se identifica la mayoría: garantía, por tanto, del respecto al pluralismo y a los derechos de las minorías.” Cf. CALLEJÓN,

pelas minorias e pelo pluralismo e por isso remete a um consenso historicamente afirmado e não a uma democracia simplesmente baseada na regra da maioria.[516]

Leciona José Afonso da Silva que o Estado Democrático funda-se no princípio da soberania popular que impõe a participação na coisa pública que não acaba nas instituições representativas, sendo estas apenas um estágio de evolução no processo democrático. O Estado Democrático visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana."[517]

Continua José Afonso afirmando que:

> [...] a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material e se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente de Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.[518]

Na mesma linha ensina Ruy Samuel Espíndola:

> De há muito a idéia de democracia não é tomada mais somente como a regra da maioria, o governo do maior número. Uma tal idéia, levada a extremos, poderia fazer com que uma maioria circunstancial revogasse a própria regra da maioria, e colocasse o poder decisório na mão de um único homem, ou de um restritíssimo grupo de homens[...] Para um adequado conceito de democracia é necessário um mínimo de regras institucionalizadas que estabeleçam *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos[...].* Hoje se firma no pensamento político a idéia de que a democracia pressupõe a crença, a convivência e os costumes sociais e políticos perspectivados sob o apanágio, a inspiração em valores: valores éticos, políticos e jurídicos. Ou seja, a democracia orientada segundo diretivas axiológicas e normativas [519]

Consenso constitucional como expressão da democracia no Estado constitucional de Direito. Esta é a configuração do modelo de separação entre

---

Francisco Balaguer. Tribunal Constitucional y creación del Derecho. In: **La justicia constitucional en el estado democrático**. p. 382.

[516] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p . 65 e sgs.

[517] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 117.

[518] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 118.

Direito e moral que coloca valores no Direito, mas que os juridiciza, porque institucionaliza.

Referindo-se à constituição portuguesa de 1976, Canotilho traça o que considera as funções clássicas de uma constituição, entre elas as funções de legitimação da ordem política, garantia e proteção, determinação dos fins materiais do Estado, função definidora da posição jurídica do cidadão no e perante o Estado[520]. Ao que interessa aqui discorrer resta a questão da função de:

> [...] *revelação normativa de* **um consenso fundamental** de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e idéias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nesta comunidade [...] no seu conjunto, *padrões de conduta* política e jurídica relativamente aos quais é possível afirmar-se existir um *consenso* dos portugueses e entre os portugueses.[521]

No geral, o que se deve dizer é que o que se busca com o governo do povo não é um governo despropositado, mas um dever ser buscado na vontade popular legítima[522] A democracia, portanto, não é apenas um procedimento regulado, mas inclui diversas possibilidades de realização do governo do povo e neste caso, vem para agregar valores morais ao Direito.

De acordo com os ensinamentos de Calera:

> a *'democratização moral' do direito* é o modo mais rigoroso para fazer com que o direito seja mais um instrumento razoável de ordenação da convivência social que um mero aparato de força ou de poder, com o que relaciono a moralidade do direito com a sua legitimação democrática[...]. A "democratização moral' do direito parte dos supostos contrários aos que são fundamentais ao jusnaturalismo: parte de um relativismo gnosiológico e axiológico ponderado, que foge de todo absolutismo teórico ou prático, mas que não conduz à indiferença; e parte do princípio de que o direito, em todo caso, deve representar um mínimo ético para a convivência e em nenhum

---

[519] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como Garantia da Democracia. **Revista de Direito constitucional internacional.** n. 44, ano 11, jul-set 2003. p. 78-79.

[520] Além destas funções clássicas, Canotilho enfatiza outras, que não dizem diretamente como presente estudo. Sobre o assunto: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p.1383.

[521] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 1376.

[522] Seja para evitar dominações ideológicas, ou para evitar interferência de um nas concepções de vida do outro ou que os interesses próprios interfiram naquilo que é o bem ideal.

> caso deve ser um instrumento coativo a serviço de qualquer religião ou moral totalizante.[523]

Ensina Ruy Samuel Espíndola que a idéia de democracia que se tem atualmente:

> É a democracia fundada na idéia de consenso estabelecido não só pela confluência do número de decisores, mas também pela eleição e auto-vinculação do consenso em torno do razoável; do razoável como racionalmente aceito como bem de todos, em todos os tempos e lugares, para verificação em cada tempo e lugar, daquilo que pode, concretamente, ser feito a bem do maior número possível.[524]

Observe-se que independentemente da forma pela qual se estabelece deva ser determinado o consenso, isto é, independentemente de como se expressa esse consenso, importa notar que se trata da busca de um ideal deontológico e não mais ontológico – ligado simplesmente a conceitos como o de regra de reconhecimento que mais expressam a manifestação ontológica de aceitação das regras, e portanto, um 'consenso' ontológico, do que uma manifestação de um dever ser consensual –, o que expressa a ligação para com a Moral.

Deve-se salientar ainda que existem mesmo, nos diferentes autores, a busca de critérios para a afirmação deste consenso, o que significa que não se pretende confundir Direito com uma moral indiferente e relativa, ao contrário, determina-se a Moral propriamente jurídica e, portanto, o Direito mesmo através do estabelecimento de critérios para possibilitar a convivência destas diversas morais que representam o pluralismo social.

O caráter jurídico se dá justamente neste momento em que o Direito se

---

[523] "la *democratización moral" del derecho* es el modo más riguroso para hacer que el derecho sea más un instrumento razonable de ordenación de la convivencia social que un mero aparato de fuerza o de poder, con lo que relaciono la moralidad del derecho con su legitimación democrática[...]. La 'democratización moral' del derecho parte de dos supuestos contrarios a los que son fundamentales al iusnaturalismo: parte de un relativismo gnosiológicoy axiológico ponerado, que huye de todo absolutismo teórico o prático pero que no conduce a la indiferencia; parte del principio de que el derecho, en todo caso, há de representar un mínimo ético para la convivencia u en ningún caso há de ser insrumento coactivo al servicio de cualquier religión o moral totalizante." CALERA, Nicolas M. López. **Derecho y teoría del Derecho en el contexto de la sociedad contemporánea**. p. 41-42.

socorre de instrumentos como é o caso do consenso, fundamentados em entes propriamente jurídicos, ou políticos, considerando-se a politica como instância de determinação e legitimação do jurídico.

Esta vinculação entre Estado Constitucional de Direito e Democracia, enquanto governo do povo e a importância do consenso para a fundamentação dos diretos fundamentais pode ser abordada de forma conclusiva a partir das lições de Canotilho.

Segundo Canotilho, o Estado constitucional de Direito exige algumas características complementares ao Estado de Direito, a começar pela forma de organização do poder, que deve ser pela democracia.[525]. O Estado Constitucional de Direito deve ser, portanto, estruturado como "Estado de Direito democrático, isto é, com uma ordem de domínio legitimada pelo povo[526]"

> Globalmente considerados, estes princípios [ex: legitimidade de uma ordem de domínio político e legitimação do exercício do poder na soberania e vontade populares] – e recorde-se que eles são meramente exemplificativos, revelam que o Estado Constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que, tal como a vertente do Estado de Direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida senão na perspectiva do Estado de direito. Tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas.[527]

A questão da democracia no Estado Constitucional, note-se, é uma questão de legitimidade. Ensina Canotilho:

> O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder [...]; foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos

---

[524] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **A Constituição como Garantia da Democracia**. p. 79.
[525] Outras características exigidas por um estado constitucional são que seja um estado social e um estado ambiental. Estas características não serão aqui desenvolvidas porque não dizem respeito diretamente, sequer influenciam, às conclusões do presente trabalho.(e a juridicidade?)
[526] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. p. 27.
[527] Aqui Canotilho pretende apaziguar a pretensa contradição, que diz ser apresentada por muitos teóricos, entre democracia e Estado de Direito Constitucional, celebrada desde nos Estados Unidos pela cisão entre constitucionalistas e democratas, até na França, em que Benjamim Constant celebrizou a distinção entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos. Aquela como liberdade negativa, de defesa, e esta à deliberação do povo na formação do Direito, ou seja, participação política. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. P. 31.

> não metafísicos, temos de distinguir claramente entre duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político no* Estado democrático."[528] Assim, "o princípio da soberania popular concretizado segundo os procedimentos juridicamente regulados serve de 'charneira' entre o 'Estado de direito' e o 'Estado democrático', possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito Democrático. Isto significa que, como o Estado de Direito não tem resposta para o problema da procedência do poder, o Estado democrático vem fornecer esta resposta.

É, assim, a dimensão democrática que permite que o Estado Constitucional tenha seu poder legítimo, de acordo com fundamentos não metafísicos, é ela que determina de onde vem o poder. Com isso, Canotilho apresenta uma interdependência essencial entre Estado de Direito e Democracia, de modo que um não existe sem o outro.

> A articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno Estado constitucional democrático de direito permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre << constitucionalistas>> e <<democratas>>, entre Estado de direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno. Saber se o <<governo das leis>> é melhor que o <<governo dos homens>>, ou vice-versa, é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo sob leis e através de leis. É, basicamente, um governo de mulheres e homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente afirmada por princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral[529].

Neste contexto não se pode mais falar em supremacia do Estado e seus instrumentos já que ele próprio é um instrumento que deve atuar de acordo com os fins dos indivíduos, orientado pela consciência jurídica geral, pelo consenso como forma de expressão da democracia.

Assim, a moral se distancia do Direito, o que se evidencia porque tais princípios, pelos diversos critérios de legitimação possíveis, especialmente o consenso constitucional, tem um ponto de diferenciação para com a moral, o que os afasta tanto de posturas positivistas quanto jusnaturalistas. Há portanto, uma juridicidade, ainda que com uma moralidade inerente. O que se constata é que a

---

[528] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. p.20-30.

moralidade e o Direito são diferentes no mínimo porque o Direito se estabelece através de critérios que o convencionam como tal.

O que se pode perceber é que há uma nova concepção sobre a determinação do Direito. Há uma esfera de fundamentação que remete ao dever ser do Direito dentro dele mesmo e que manifesta o segundo momento jurídico para além de sua enunciação legal. O Direito passa a ser, ainda que possa parecer contraditório, aquilo que ele é e aquilo que ele deve ser. Isso porque o Direito se manifesta como um escalonamento entre ser e dever ser, e cuja fundamentação teórica começa com os conceitos de vigência e validade expressos por Ferrajoli.

Depois de já se ter anunciado de forma geral no capítulo anterior como a fundamentação do Direito, a realização do Estado e a questão do Direito mesmo se desenvolvem na teoria de Dworkin e Ferrajoli como teorias que evidenciam a retomada do conteúdo moral no Direito, resta destacar, para finalizar, onde tais valores podem ser encontrados nestas teorias de forma mais direta sintetizando as observações do presente capítulo.

Isso porque que eles bem expressam toda esta caracterização do modelo de Estado. Tal referência é o ponto chave através do qual se pode observar com acuidade como se tem teorizado de forma sistêmica toda esta problemática. Cabe destacar, portanto, como este distanciamento tanto do jusnaturalismo como do positivismo acontece na teoria de cada um dos autores apontados.

Já afirmava Goyard-Fabre:

> Na vida concreta do direito, que deve ser levada em conta tanto pela teoria como, *a fortiori,* pela filosofia do direito, o fato de uma regra ser justa ou injusta não provém nem de uma convenção que assim tivesse decidido (caso em que se seguiria a via de um positivismo em última instância empirista), nem do valor que ela teria em si mesma (caso em que triunfaria um idealismo dogmático). Segundo R. Dworkin, em última análise, é o

---

[529] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. p. 31-32.

> *consenso* estabelecido (ou recusado) segundo os princípios relativos ao conteúdo de uma regra que determina, de maneira evidentemente interpretativa, o valor que lhe é ou não atribuído[...] Nesta interpretação, a normatividade jurídica implica o recurso, por um lado, a um critério de coerência com os precedentes que, sobre o ponto de vista levantado pela espécie litigiosa, a história pode oferecer e, por outro, a um critério de *conveniência* com a moral política do lugar e do momento: ou seja, a normatividade jurídica implica, na sociedade em que se dá o julgamento, um 'consenso intelectual'[530] que R. Dworkin denomina 'integridade' do direito.[531]

No que concerne a Ferrajoli, assevera Cademartori:

> [...] a teoria garantista da legitimação , a partir da assunção da idéia base do Estado como instrumento da Sociedade, repõe uma vinculação a esta estrutura de poder e valores que têm por centro a dignidade da pessoa. Em casos como o do nosso país, onde a sociedade vê-se continuamente avassalada por medidas legislativas (oriundas do Executivo ou não) que muitas vezes colocam-na a serviço de uma racionalidade econômica alheia a seus interesses, a adoção deste enfoque *heteropoiético* pode fornecer um travejamento teórico que resgate a valorização da pessoa como ontologicamente anterior ao Estado fundado por ela.
> Este tipo de abordagem não pode permitir a inferência de que se está aqui perante um jusnaturalismo disfarçado, eis que, neste particular, o garantismo é claramente tributário do enfoque dworkiniano: desde Dworkin, sabe-se que os princípios morais e as diretrizes políticas fazem parte do direito, numa concepção integral do fenômeno. Isto permite que autores como Nino refiram-se à teoria dworkiniana como superação da controvérsia entre as posturas positivistas e jusnaturalistas.[532]

Relativamente ao início do problema, contra a tendência avalorativa do paleopositivismo, como chama Ferrajoli, tanto este quanto Dworkin se insurgem, como visto, propugnando pela necessidade de inserção no Direito de valores. Dworkin o faz através da aplicação de direitos morais pelo juiz, já Ferrajoli com a teorização dos direitos fundamentais e o controle de legitimidade material e validade no ordenamento. Estas manifestações podem ser observadas como pano de fundo de toda a teorização destes autores. É um fato, portanto, como a moralidade rompe com a indiferença positivista.

---

[530] Observe-se que ao se falar em consenso intelectual não se pode simplesmente olvidar que este consenso atua dialeticamente com a comunidade no decorrer da história, o que traduz seu viés democrático.
[531] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. p. 215.

Não obstante, em virtude da descrença a que ontologias-éticas se submeteram com a queda do jusnaturalismo, a tendência a buscar valores justificados e não meramente refletidos em uma referência ao conceito de natureza torna-se evidente no Estado Constitucional e pode ser vista claramente na doutrina de Dworkin e Ferrajoli. Esta tendência à justificação dos valores, ademais, decorre da "descoberta" do pluralismo valorativo na sociedade, o que faz com que diante das diversas defesas de valores, por alguma justificativa possam ser conformadas tais diferenças e determinados quais os valores aptos para o Direito sem recorrer a uma busca aleatória como acreditava Kelsen frente ao relativismo moral.

É neste contexto que os conceitos de pluralismo, democracia, afirmação histórica, legitimidade vem a delinear a nova relação entre moralidade e Direito que se estabelece como manifestação dos postulados do Estado Constitucional e que se pode observar a relação entre as doutrinas estudadas.

Em Ferrajoli, o pluralismo pode ser vislumbrado na existência de diversos pontos de vista externos[533]. Já em Dworkin, este pluralismo pode ser observado na afirmação de que cada um pode ter diferentes ideais de bem fundados em diferentes concepções de justiça e equidade.[534]

A conformação entre estes diversos pontos de vista ou ideais de bem não pode, segundo os autores, ser justificada em uma ontologia-ética. Para Dworkin, porque, embora acredite que determinados valores constituam verdadeiramente uma ontologia-ética, alerta que a sua justificação não pode ser feita pela simples referência a este fato, já que trata-se de uma questão de legitimidade e esta,

---

[532] CADEMARTORI, Sergio de U. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 179.
[533] Vide o item 2.1.2.1 sobre o ponto de vista externo.
[534] Vide item 2.2.3.1.

segundo ele, deriva da cidadania.[535] Diante disso Dworkin cria um modelo de comprovação destes valores que decorre de um consenso.

Para Ferrajoli, ao contrário de Dworkin, simplesmente estes valores não derivam de uma ontologia-ética, mas das condições históricas de reivindicação de igualdade, integração, paz e democracia.[536] Tais valores, para Ferrajoli, também expressam um consenso.

Este consenso, para ambos, não pode ser remetido a uma deliberação de maioria e também não está diretamente relacionado com as opiniões atuais e específicas dos indivíduos, afinal, há um pluralismo de opiniões. Tal consenso reflete uma construção, decorrente do povo, realizada de forma valorativa racional e históricamente afirmada.

Note-se que para ambos tais princípios que representam este consenso partem do povo, e portanto, expressam a democracia como forma de atuação. Em Dworkin esta determinação dos valores a partir dos indivíduos representa uma legitimidade que parte da cidadania, enquanto para Ferrajoli, representa o que ele chama de democracia substancial e que se trata de limites e vínculos impostos por todos a si mesmos em garantia de todos.[537]

A forma de determinação deste consenso como representativo do governo do povo não se dá, contudo, pelas regras do governo da maioria. Ao contrário, o termo consenso vem a refletir aceitação geral, mas que não pode ser realizada nas condições atuais dos indivíduos, mas retirado de uma argumentação pela repetição histórica.

Para Dworkin, o consenso deriva da estruturação da sociedade em um

---

[535] Vide itens 2.2.2.1 sobre o modelo construtivista e 2.2.3.1 sobre a legitimidade.
[536] Vide item 2.1.2.1.

modelo construtivista que partindo da integridade possa determinar uma moralidade correta que se afirma por uma dialética historicamente construída entre cidadãos, juizes etc. [538]Tal consenso, diante disso, pode ser diferente das diversas posições atuais dos indivíduos sobre os bens e não pode ser construído com base em preferências externas e interesses volitivos.

Já para Ferrajoli, este consenso também pode ser diferente dos diversos pontos de vista externos, não precisa expressar a opinião de todos, ainda que também não se refira à maioria. Trata-se de um consenso encontrado na afirmação histórica de alguns valores dos indivíduos, que se encontravam em busca de paz, democracia, integração e igualdade. Este consenso, ensina Ferrajoli, embora não seja atual, o seria, caso os indivíduos se encontrassem na posição original.[539]

Note-se que a afirmação histórica não basta, já que ela está rodeada de estruturas racionais de apreensão, em Dworkin com a integridade, em Ferrajoli, com a referência à posição original.

Toda esta tarefa culmina nos direitos fundamentais afirmados para Ferrajoli em uma constituição material positiva, demonstrando os recordes positivistas de Ferrajoli[540]. Já em Dworkin tal consenso culmina na determinação dos direitos fundamentais componentes da constituição material.[541]

Não se separa mais a moral do Direito, diferencia-se, mas não se nega a sua influência. A moralidade no Direito entra, portanto, pelo consenso constitucional manifestado através de uma forma racional de democracia, um consenso deontológico histórica e racionalmente verificado. E é justamente esta via do

---

[537] Vide item 2.1.2.1.
[538] Vide itens 2.2.2.1 e 2.2.3.2 sobre o construtivismo e a integridade.
[539] Vide item 2.1.2.1.
[540] Vide item 2.1.4.1 sobre o ponto de vista interno.
[541] Vide item 2.2.3.2 sobre a integridade e os princípios.

consenso representado pelos mecanismos democráticos e apresentado pela Constituição que se aproxima e se distancia a moral do Direito. Neste sentido, é que não se pode admitir confusão nem indiferença total entre Direito e moral.

Seja a integridade como forma de determinação dos direitos morais, seja a positivação como afirmação dos direitos fundamentais, ou qualquer outro instrumento institucional de que se serve – democracia, legitimidade etc – tais são os critérios de juridicização dos valores morais e portanto, não podem ser confundidos com a moral mesma. É portanto, a Constituição, enquanto concretização destes valores morais juridicizados, o ponto de compromisso entre Direito e moral.

CONCLUSÃO

Deve-se observar que, não obstante a teorização de Dworkin sobre o melhor caminho para o encontro do melhor Direito, bem como a sua teorização sobre a necessidade de princípios para inibir a discricionariedade judicial, dworkin mantém o seu caráter antipositivista essencialmente porque defende que, onde as regras não alcançam, não há um consenso sobre os fundamentos do direito, isto é, não há um consenso sobre o método mesmo que determina o Direito correto, de modo que a abordagem positivista fica prejudicada. Empiricamente, portanto, não há um sistema positivista legalista no modelo norte americano. Não obstante, a teoria de Dworkin continua sendo um critério e estas controvérsias são justamente um critério. A questão então, a busca da filosofia, continua sendo por um Direito correto, de acordo com um critério, ainda que isto não ocorra na prática norte americana. No Direito brasileiro, contudo, a vinculação com a lei e os Direitos fundamentais facilitam o processo decisório, não obstante seja justamente nos casos difíceis que surja o problema e onde a teoria de Dworkin é extremamente útil. Para buscar os princípios de justiça, não de direitos materiais, mas inerentes ao processo argumentativo universal. Talvez no Brasil a regra de reconhecimento funcione, ao menos no geral. Mas quando se chega nos problemas comuns com o norte americano é que as respostas se tornam mais problemáticas. Não tem uma regra reconhecida, mas finge-se que tem e chega-se aos casos difíceis com discricionariedade.

O Direito é o Direito positivo, posto, institucionalizado. Esta é a primeira obviedade a que se chegou a partir do destrinçamento do problema, obviedade capaz de esclarecer como o Direito se deve diferenciar da moral.

Já a partir das análises de Kant, pôde-se perceber que o Direito não se basta na apreciação do mundo natural, necessita instrumentos de imposição

externa, como é o caso da coação. Tais constatações, avançando por Ihering e a afirmação da teoria da coação, vem a se confirmar com Kelsen. Este provoca uma ruptura com o caráter jurídico dos direitos naturais a partir da observação do caráter difuso que eles assumiam em virtude da falta de critérios de identificação, motivo pelo qual acabavam se confundindo com as diferentes concepções morais, à revelia de sua manifestação teórica que pretendia encontrar verdadeiros direitos na natureza.

Com Kelsen, portanto, ocorre uma verdadeira diferenciação do Direito como o Direito positivo, aquele posto pela vontade humana, capaz de ser identificado porque sua construção remete aos critérios da legislação. A moral aqui, relativa, é apenas a evidência de que o Direito possui um conteúdo valorativo, mas não algum em especial.

O que importa, diante desta construção kelseniana, é que se firma de uma vez por todas a conceituação do Direito a partir de critérios de identificação, que com Kelsen se encerram na legislação. A enunciação destes critérios como algo que pode ser concebido independentemente da legislação, contudo, pode ser vista em Hart. A abordagem de Hart, pela própria filiação de descendência inglesa, vem propor novas formas de identificação das regras jurídicas e enunciar que o Direito depende desta identificação. Fica afirmado o Direito positivo ainda que não necessariamente ligado à legislação.

Este critério de Hart para a identificação das regras remete a um fato, o da observação a partir do comportamento da sociedade e dos juízes sobre que tipo de fontes esta sociedade aceita como determinantes do Direito. Fica aqui a juridicidade determinada pela realidade atuada pelos indivíduos, capaz de identificar as fontes do Direito, ainda que não cada regra em si.

Após Hart, com Bobbio e Reale, a afirmação do Direito vem a confirmar a necessidade de institucionalização e certeza, seja pelo rigor linguistico ou observação do todo do ordenamento como instituição diferenciada na sociedade, o que se enfatiza em Bobbio; seja através do conceito de bilateralidade atributiva de Reale.

Estas considerações permitem observar o ordenamento jurídico como uma instituição ordenada que visa prever comportamentos e dar certeza da realização de Direitos. É, antes de tudo, a certeza sobre as regras – e por isso a importância dada pelos autores ao isolamento conceitual do Direito – que torna o Direito ente capaz de regular a vida social.

Fica destas teorizações a constação do Direito como instituição social organizada. O Direito, neste sentido, pressupõe-se ordenamento de eficácia global, de acordo com o conceito de Kelsen, já que a identificação deste ordenamento como pertencente a uma determinada sociedade é justamente amparada pela convergência do comportamento de um número determinado de pessoas para um determinado complexo institucional representado pelas figuras do Direito e do Estado.

Neste sentido, fica o Direito positivo, único, como o verdadeiro Direito, aquele que foge das incertezas de uma moral difusa na sociedade. Observado este caráter institucional do Direito, deve-se notar, não obstante, que ele não se aceita mais simplesmente como uma ordem sem que ela tenha um sentido para a sociedade, tal como o modelo legalista se perfez. Importa o que esta ordem regula. É neste sentido que o Direito busca um conteúdo Moral específico. Saliente-se, neste sentido, que a observação de que o Direito pode ser identificado como ordenamento de eficácia global não vincula a legalidade necessariamente.

O que se pôde notar, assim, é um conceito de moral como uma moral relativa e difusa, que engloba diferentes concepções valorativas. Desta, por incerta, o Direito positivo, por sua própria natureza, se distancia. Por outro lado tem-se a Moral, como uma concepção moral comum e aceita de uma forma consensual e que deve fazer parte do Direito.

Não pode, contudo, esta Moral, representar um simples Direito natural. Seja porque a institucionalização da vida social não aceita a imposição de valores sem uma justificação, seja porque não se pode correr o risco de tal abordagem se transformar em um rol de “direitos” incapaz de ser identificado na sociedade.

A partir disto é que, de acordo com os instrumentos de legitimidade construídos historicamente, não é a partir da mera referência a uma ontologia-ética que tais direitos irão se afirmar, já que esta concepção é vazia de conteúdo organizacional. Aproveitando as estruturas históricamente construídas para a organização da sociedade, tais princípios não podem ser fundamentados senão em um consenso que busca em cada um a legitimidade da afirmação dos direitos.

A juridicidade deste consenso, a identificação destes valores como pertencentes ao Direito, pode ser observada pela afirmação constitucional destes direitos, o que implica a sua atuação no mundo jurídico.

A constituição material, neste sentido, informa o Direito sobre sua determinação Moral tornando-se o ponto de maleabilidade e de estabilidade do ordenamento. É ponto de maleabilidade com relação à lei infraconstitucional, já que insere uma materialidade de controle, conexa com o mundo moral, não sendo portanto um mero ordenamento de cunho valorativo indiferente. Maleabilidade esta que deve ser organizada no ordenamento a partir das estruturas que uma teoria da argumentação jurídica seja capaz de construir, a começar pela teoria da integridade

de Dworkin, mas isto é objeto de outro trabalho.

Por outro lado, a constituição se torna ponto de estabilidade do ordenamento quando colocada frente à ordem extra-jurídica. Isto porque permite que o ordenamento tenha uma certeza, dificultando que a discricionariedade do Juiz chegue à moral e não à Moral, como já alertara Dworkin ao determinar que os princípios são justamente as garantias a direcionar a decisão judicial a fim de evitar a atuação discricionária do juiz.

Esta estabilidade constitucional se dá justamente porque através dos instrumentos de legitimidade do ordenamento, a partir da própria expressão democrática do consenso, é que se afirma uma Moral, que despreza o recurso a qualquer moral.

Observe-se que as diversas teorias, ficções ou elaborações que surgiram para identificar o consenso, nada mais são do que tentativas de denunciar o mecanismo de um fato do qual a própria lógica social deu conta na história. Neste sentido a diferença das abordagens de Dworkin e Ferrajoli – aquele tentanto evidenciar mecanismos, através de toda sua teorização em torno da integridade, e este simplesmente evidenciando uma situação histórica de construção de direitos fundamentais – que culminam em um modelo de Direito constitucional que já está afirmado nas consciência constitucional contemporânea.

Quanto à incerteza deste ordenamento, não pode ser maior que a do positivista legalista, que não podia dar conta da discricionariedade judicial. Importa notar que a lógica natural das estruturas contemporâneas já tem um consenso sobre o dever ser compartilhado e ele se encontra na Constituição. Resta o desenvolvimento de teorias que evidenciem os argumentos que estão por trás deste consenso que a história já legitimou, teorias como a de Dworkin.

O fato é que a partir do desenvolvimento do presente trabalho foi possível notar que o Estado Constitucional de Direito, aqui representado por Dworkin e Ferrajoli, traz como tendência a desvinculação dos modelos positivista e jusnaturalista de Direito ao mesmo tempo em que parece representar um sincretismo entre estes modelos, inserindo um dever ser no Direito. Gera-se uma dualidade entre ser e dever ser no Direito que bem pode ser refletida nos conceitos de vigência e validade de Ferrajoli, respectivamente.

Com efeito, desata-se do caráter difuso e desconcentrado do modelo jusnaturalista, bem como do caráter legalista do positivismo e do seu distanciamento perante a moral.

Chega-se a um modelo de Estado em que o Direito serve como garantia de direitos que vão além da mera legislação, que partem do pluralismo mas se definem num consenso popular, expressão da democracia. Tal enquadramento da inserção de valores mas não a partir de uma mera referência à natureza demonstra o descrédito desta forma de fundamentação e a necessidade de impor a legitimidade das normas de Direito. As instituições construídas em torno do conceito de Estado, neste sentido, como é o caso da democracia, da legitimidade, etc, permitem fornecer esta fundamentação de forma aceitável e de acordo com os padrões de legitimidade atuais.

O que isto significa é que, alertados pela falta de autoridade do argumento da ontologia-ética, em que tanto Dworkin quanto Ferrajoli recusam-se em fundamentar, mas ao mesmo tempo seduzidos pela força de alguns direitos que apontaram como universais no último século – fundamentais ou morais, não importa a denominação – houve a busca de uma solução de compromisso que remete aos preceitos do Estado constitucional.

O que se pretendeu, com isso, foi introduzir princípios para fundamentar o Direito a partir de critérios de legitimidade, fundados na própria democracia reelaborada para cumprir tal intento, já que a democracia representativa não dava conta desta inserção de valores superiores no Direito. Isso demonstra que o Direito continua como uma questão de convenção, mantendo seu caráter positivo.

Assim, tem-se um Estado governado por uma Moral determinada pelo consenso e apaziguadora de pluralidades. Uma Moral, contudo, propriamente jurídica, já que retira sua juridicidade de critérios que o próprio consenso representa e que são firmados no conceito de Constituição, material e formal. Tais critérios acabam por representar o ponto de compromisso entre Direito e Moral, já que, ao mesmo tempo em que trazem para o Direito um conteúdo valorativo específico se aproximando da Moral, por outro lado, estas mesmas categorias distanciam o Direito da Moral, já que juridicizam esta moralidade.

Com relação à moral (com minúscula) deve-se observar que em nenhum momento o Direito deixou de ter caráter moral, entendimento que alcançava até mesmo as idéias kelsenianas. O Direito é essencialmente moral porque suas regras – ainda que nem todas – têm um conteúdo valorativo, ainda que ele seja indiferente. A questão é que agora importa a Moral e não qualquer moral apreendida na sociedade.

O que se deve notar com relação à moralidade é que o jusnaturalismo, enquanto forma difusa de Direito na sociedade, pôde ser considerado por Kelsen um não Direito no século XVIII não em virtude de seu conteúdo moral, mas porque a sua determinação era difusa na sociedade. A novidade do Direito positivo, e que caracteriza o Direito até a atualidade, é o seu caráter positivo, institucional. O Direito é o Direito positivo e é diferente de uma moral socialmente difusa, sem um marco de

determinação preciso.

Tal institucionalização se dá, por um lado, pela própria eficácia global do Direito, enunciada por Kelsen, através da qual se pode identificar o ordenamento a que todos aceitam como aquele que rege as suas vidas, excluindo, portanto, qualquer outra apreciação valorativa como meramente moral.

Note-se que este critério apenas determina qual ordenamento é seguido pela maioria, o ordenamento estatal, mas dentro desta concepção aceite, tal instituição pode ser ainda identificada precisamente pelas suas fontes ou pelo seu conteúdo. Desta forma, pode se modificar as fontes sem alterar esta eficácia, já que o que se aceita é a instituição (aquela centralização realizada).

A eficácia global serve portanto, para indicar que é aquela instituição que se segue, qual seja, o Direito estatal, mas não para determinar como o Direito se rege, o que fica a cargo dos diversos critérios de juridicização escolhidos e atuados por esta instituição.

A partir desta eficácia global, portanto, que direciona os indivíduos para o mesmo sentido, para a mesma instituição, é a partir dos critérios uniformes de juridicização, que esta instituição (por todos os seus instrumentos – judiciário, executivo, legislativo, sob a influência da população e da doutrina) é capaz de determinar, que se estabelece o Direito. Atualmente toda esta instituição atua em torno da idéia de consenso.

O fato é que não é por substituir parcialmente a autoridade de uma democracia representada pelo legislativo pela autoridade de um consenso do povo que se vai retirar o caráter jurídico do Direito. Certamente que a caracterização deste consenso ainda traz algumas divergências teóricas, que, não obstante, um esforço sintetizador é capaz de alcançar, juntamente, é claro, com a maturidade histórica.

Sobre este consenso popular, note-se, não é um mero consenso retirado da simples atitude de todos de forma convergente a alguns valores, o que se poderia chamar de consenso ontológico. Não é o consenso sobre cada regra que a eficácia global legitima. Ela apenas determina vicnulação a uma instituição. O consenso, enquanto aceitação convergente sobre vários princípios se realiza na afirmação nascida sim, do povo, mas que seja em primeiro lugar uma afirmação sobre o dever ser e, portanto, um consenso deontológico.

Isto significa que em primeiro momento, tem-se os indivíduos organizados faticamente em torno de uma instituição, com eficácia global, portanto. Em segundo momento, as regras que irão reger esta instituição decorrem de uma construção histórica não atual, capaz de encontrar uma racionalidade nestes princípios. Já em um terceiro momento, se pode observar que a atuação desta instituição como um todo tem reconhecido, na atualidade, este consenso construído historicamente como uma fonte do Direito.

São três momentos, portanto: o do reconhecimento da instituição, o da descoberta dos direitos e o do reconhecimento dos direitos pela instituição. É precisamente o reconhecimento deste consenso pelo Direito contemporâneo que permite que ele se configure como fonte do Direito e portanto, que não seja uma mera apreciação moral.

Esta forma de consenso deontológico “reconhecido” traz uma contradição para a teoria do Direito, especialmente no que concerne à autoridade da regra de reconhecimento. Isso porque, por um lado, tal consenso pode ser observado como a forma que vem sendo reconhecida como fonte do Direito, e portanto, submetido ao caráter da regra de reconhecimento para determinação do Direito.

Ocorre que por outro lado, a própria natureza do consenso deontológico é

desvinculada do ser do Direito, propondo um dever ser que atua acima do próprio reconhecimento, porque impõe regras que deveriam de qualquer forma ser reconhecidas, ainda que não o fossem. Impõe o próprio reconhecimento destas regras. Busca-se o consenso deontológico que não está submetido à aceitação e atuação imediata dos indivíduos conforme seus preceitos. Na verdade este é um problema para o enfrentamento da filosofia, que constantemente questiona as estruturas reconhecidas e que tem a tarefa incessante de fazer reconhecer o dever ser que ela denuncia. Fica a questão.

Esta contradição apresenta um caráter extremamente importante do sistema jurídico contemporâneo e muito bem enunciado por Ferrajoli através da diferenciação entre os conceitos de validade e vigência: o sistema jurídico atual incorpora o dever ser em seu próprio bojo, se tornando um escalonamento entre ser e dever ser.

Neste escalonamento o ser manifestado pela lei, no Direito de descendência européia continental, tem prioridade cronológica, já que irá ser observada em primeiro momento pelo juiz. Por outro lado, há um dever ser em grau superior neste escalonamento e que controla o ser e que, portanto, tem prioridade decisiva, já que irá determinar o Direito a ser aplicado, ainda que contrário à lei. Assim é como tal escalonamento funciona nos sistemas da europa continental.

O fato é que a lei perde o posto de única fonte de qualificação do Direito, já que a juridicização de conteúdos não precisa mais da sua autorização. Não é necessária uma lei dizendo que determinados princípios morais viram jurídicos pelo consenso deontológico. Ele mesmo é uma fonte de qualificação.

Note-se que esse problema do consenso deontológico acaba por resolver outro: o da questão se acima do Direito tem um poder ou uma norma, já que há um

poder do povo expresso pelo consenso, mas que acaba remetendo a uma norma que de certa forma já estava ali, porque universal. O poder não cria a norma ao seu talante, o poder é o próprio procedimento pelo qual a norma se evidencia. (normas de direito natural justificadas em nome da democracia)

É neste sentido que a constituição assume e atua a sua autoridade no Estado contemporâneo, trazendo para o Direito a afirmação de valores mas não permitindo a confusão entre conceitos de Direito e de moral. O Direito é determinado por critérios e por todo um aparato institucional. Na atualidade, tal é a constatação que basta para defini-lo, já que existe este ordenamento instituído.

BIBLIOGRAFIA

ABAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofía**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEXY, Robert. Sistema juridico, principios juridicos y razón prática. **Doxa**. Tradução de Manuel Atienza. n.5, p. 139-151, 1988.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARRUDA, João. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1942. v. 1.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista diálogo jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: http://direitopublico.com.br.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à teoria do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Contribución a la teoría del derecho**. Valencia: Soler, 1980.

_____. **El problema del positivismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editoral Universitária de Buenos Aires, 1965.

_____. **O positivismo jurídico**. **Lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9 ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasilia: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**.13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALEJÓN, Francisco Balaguer Callejón. Tribunal constitucional y creación del Derecho. In: TEMPLADO, Eduardo Espín e REVORIO, F. Javier Díaz. (Org) **La justicia constitucional en el Estado democrático**. Valencia: trant lo blanch, 2000.

CADEMARTORI, Sergio de U. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa** 21-I, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm**. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Tradução de Antonio de Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra, Almedina.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Wilhelm-Claus**. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998.

_____. **Ética privada e igualitarismo político**. Tradução de Antoni Doménech. Barcelona: Ediciones Padós, 1993.

_____.**Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Liberal community. In: _____ **Sovereign Virtue. The theory and practice of equality.** Massachusets: Harvard University Press, 2000.

_____.**Los derechos en serio**. Tradução de Maria Guastavino. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

_____.**O império do Direito**. Tradução de Jufferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____.**Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTERRÍA. Eduardo García de. La Constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como Garantia da Democracia. **Revista de Direito constitucional internacional.** n. 44, ano 11, jul-set 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias de la ley del más debil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e Andrea Greppi. 2 ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Derecho y razón. Teoria Del garantismo penal.** Tradução de Perfecto Andrés Ibañes e outros. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

_____. O Direito como um sistema de garantias. Tradução de Eduardo Maia Costa. In: José Alcebíades de Oliveira Junior (Org)**. O novo em Direito e política.** Porto Alegre, 1997. p.89-109.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: **Teoria do ordenamento jurídico**. 9 ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

GARDIOL, Ariel Alvarez. **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1979.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERMAS, Jügen. **Direito e Moral**. Tradução de Sandra Lipert. Lisboa: Fundação Piaget, 1999.

_____.Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In :MERLE, Jean-Chistophe e MOREIRA Luiz (org). **Direito e Legitimidade**. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

HABERMAS, Jurgen; DWORKIN, Ronald; GUINTER, Klaus. Impera el derecho sobre la política? In: **La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**. n. 4 outubro de 1998. p. 5-22.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbelkian, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, sd.

HENKEL, Heinrich. **Introduccion a la filosofia del Derecho**. Fundamentos del Derecho. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. 2ª ed. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Traduzido por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo I.

JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Traduzido por Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo II.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Ediouro.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Teoria general del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: Textos Universitários, 1969.

LACAMBRA, Luis Legas y. **Filosofia del Derecho**. 4 ed. Barcelona: Bosch, 1975.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Coleção Estudos Políticos Constitucionais. 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1995.

LEITE, Flamarion Tavares. **O conceito de Direito em Kant.** São Paulo:Ícone, 1996.

LOIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls**. 2001. 369 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. **Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Lemonad, 2000.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Manual Esquemático de História da Filosofia**. 2 ed. São Paulo: LTr, [199?].

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1993.Tomo IV

MOUFFE, Chantal. **O regresso político.** Gradiva

NADER, Paulo. **Filsofia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução e prefácio de L. Cabral de Radbruch. 6ª ed. Coimbra: A. Amado, 1979.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de A. A. Gouveia. 2 ed. São Paulo: Atica, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUEZ, César (Org.). **La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin.** Santafé de Bogotá:Siglo del hombre editores, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (Org.)

SÓFOCLES. **Antígona.** Brasilia: UnB, 1997.

STRENGER, Irineu. **História da filosofia**. São Paulo: LTr, [199?].

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

VITA, Álvaro de. O lugar dos direitos na moralidade política. In**: Lua Nova. Revista de cultura e política**. Revista do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 30. São Paulo, 1993

ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.