

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM FILOSOFIA E TEORIA DO
DIREITO**

**O CONCEITO DE JUSTIÇA
COMO ELEMENTO DEFINIDOR DE
UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO**

Yara Caubet

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori

Florianópolis, novembro de 2001

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO**

**O CONCEITO DE JUSTIÇA
COMO ELEMENTO DO PARADIGMA
JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA**

Dissertação apresentada em defesa pública na
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC-, como requisito à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Yara Caubet

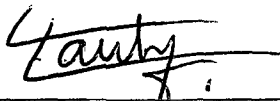
Orientador: Professor Doutor Sérgio U. Cademartori

Florianópolis, setembro de 2001

O presente trabalho de dissertação foi julgado APTO 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.



Dr. Sérgio U. Cademartori
Professor orientador

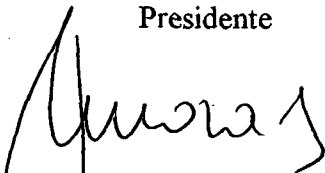


Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do CPGD-UFSC

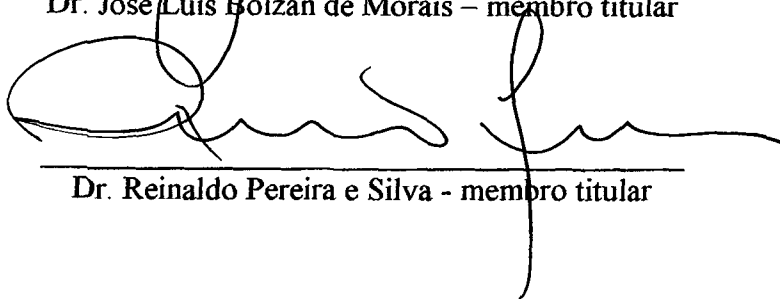
Defendida perante banca examinadora, composta pelos professores:



Dr. Sérgio U. Cademartori
Presidente



Dr. José Luis Bolzan de Moraes – membro titular



Dr. Reinaldo Pereira e Silva - membro titular

Dr. Moacir Motta da Silva - membro suplente

Florianópolis, de outubro de 2001

Aos meus pais Christian e Rosa Alice,
Pela compreensão e apoio incondicional.

Aos meus irmãos Yannick e Sofia,
Pela amizade e respeito.

Às amigas Janaina e Carolina,
Por fazerem parte da minha vida,
E permitir que eu seja parte das suas.

Desce do espaço imenso, ó água do oceano!
 Desce mais, ainda mais... não pode o olhar humano
 Como o teu mergulhar no brigue voador
 Mas que vejo eu ali... que quadro de amarguras!
 É o canto funeral... Que tétricas figuras!...
 Que cena infame e vil!... Meu Deus! Meu Deus! Que horror!

.....

Quem são estes desgraçados,
 Que não encontram em vós,
 Mas que o rir cálido da tarde
 Que Excita a fúria do algoz?
 Quem são?... Se a estrela se cala,
 Se a vaga à pressa resvala
 Como um cúmplice fugaz,
 Perante a noite confusa...
 Dize-o tu, severa musa,
 Musa, libérrima, audaz!

São os filhos do deserto
 Onde a terra esposa a luz.
 Onde vos em campo aberto
 A tribo dos homens nus...
 São os guerreiros ousados,
 Que com os tigres mosqueados
 Combatem na solidão...
 Homens simples, fortes, bravos...
 Hoje míseros escravos
 Sem ar, sem luz, sem razão...

.....

Senhor Deus dos desgraçados!
 Dizei-me, vós, Senhor Deus!
 Se eu deliro... ou se é verdade
 Tanto horror perante os céus...
 Ó mar, por que não apagas
 Cõa esponja de tuas vagas
 De teu manto este borrão?...
 Astros! Noite! Tempestades!
 Rolai das imensidades!
 Varrei os mares, tufão!...

.....

E existe um povo que a bandeira empresta
 Pra cobrir tanta infâmia e cobardia!...
 E deixa-a transformar-se nesta festa
 Em manto impuro de bacante fria!...
 Meu Deus! Meu Deus! Mas que bandeira é esta,
 Que impudente na gávea tripudia?!...
 Silêncio!... Musa! Chora, chora tanto
 Que o pavilhão se lave no teu pranto...

Auriverde pendão da minha terra,
 Que a brisa do Brasil beija e balança,
 Estandarte que a luz do sol encerra,
 E as promessas divinas da esperança...
 Tu, que da liberdade após a guerra,
 Foste hasteado dos heróis na lança,
 Antes te houvessem roto na batalha,
 Que servires a um povo de mortalla!...

Fragmentos de Navios Negreiros, de Castro Alves

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo privilégio de poder estudar, por me ensinar o prazer da leitura e do saber, o valor da cultura e do conhecimento, num país onde estudar não é trabalho.

Aos meus amigos, que são meus incentivadores, por cada gesto, cada palavra, cada olhar e cada sorriso. Obrigada a vocês: Carolina Akemi Távora (Miguinha), Fernanda Vargas Souto (Doca), Guilherme Abilhôa Freitas (Guiguinho), Janaina Philippi Cecconi (Jane Marie), Leila Carioni Barbosa (Lê), Liliâne Cardoso Pereira (Lili). Obrigada a Cecília Caballero Lois e Rogério Dultra que compartilham comigo, concomitantemente, as dores da produção acadêmica, as dúvidas e as dificuldades, mas as vitórias e conquistas também.

E claro, meu querido orientador Sérgio Cademartori, porque sabe preservar, acima de tudo a relação de amizade, carinho e respeito, necessária entre um orientando e seu orientador.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
RESUME.....	IX
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1: DIREITO E JUSTIÇA NAS MATRIZES TEÓRICAS CLÁSSICAS.....	13
1.1. Considerações preliminares.....	14
1.2. Análise conceitual de direito e de justiça.....	17
1.3. Aristóteles: justiça e equidade.....	22
1.4. Hobbes: justiça e paz.....	31
1.5. Kant: justiça e liberdade	39
CAPÍTULO 2: DIREITO E NORMA.....	58
2.1. Considerações preliminares.....	59
2.2. O Positivismo jurídico.....	64
2.3. Ciência do direito e filosofia do direito.....	74
2.4. Hans Kelsen: teoria pura	78
2.5. Herbert Hart: “justice as fairness”.....	87
2.6. Norberto Bobbio: da norma ao ordenamento.....	97
CAPÍTULO 3: O CONCEITO DE JUSTIÇA COMO ELEMENTO DO PARADIGMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA.....	112
3.1. Considerações preliminares.....	113

3.2. Um novo paradigma para o direito.....	120
3.3. Da teoria do ordenamento à teoria da justiça.....	125
3.4. Justiça sob a perspectiva de John Rawls.....	128
3.5. A Proposta de Jürgen Habermas.....	136
3.6. Ronald Dworkin: normas e princípios.....	145
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	157
BIBLIOGRAFIA.....	168

RESUMO

O conceito de direito não é um objeto inédito de pesquisa em trabalhos acadêmicos. A busca por uma definição satisfatória é, ao contrário, tema reiterado na academia. As mais diversas asserções e associações podem ser encontradas na busca da compreensão do direito enquanto fenômeno humano: o que é correto, o que é justo, o que é posto por autoridade competente, a lei, a norma. Infinitas são as conotações. O que há de peculiar na definição do conceito de direito (entre tantas outras palavras), sendo ele um substantivo abstrato, é que ele não existe como um fim em si mesmo (e o jargão é inevitável), mas está condicionado à compreensão das trocas humanas e sociais. O direito nasce da necessidade de regulamentar as relações entre homens, cujo entendimento dificulta a definição.

Os registros mais remotos do estudo de direito apontam para as civilizações antigas de Roma e Atenas. Enquanto em Roma ele tem fundamento autoritário, definido como aquilo que é reto, em Atenas o fundamento é mais filosófico. Define-se o direito, lá, como sendo o que é justo. Mas se estas duas civilizações são o berço de toda a cultura jurídica ocidental, constata-se que o legado de Roma suplantou a tradição helênica. E o fundamento mais precioso do direito, seu fundamento "humano", desaparece, o que acaba por sentenciar o homem à aplicação de um direito válido (porque elaborado por autoridade competente), mas não necessariamente justo.

É evidente o atraso da produção legislativa institucionalizada que, por sua simples positivação, desincumbe a ação imediata de um governo alheio aos anseios sociais. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, que é modelo de norma de vanguarda em todo o mundo, tomada em relação aos efeitos que produz, é um discurso quase poético. É retórica e ineficaz quanto ao resguardo dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

O modelo hierárquico piramidal de ordenamento jurídico, construído por Hans Kelsen, e todo o paradigma jusnaturalista precisam ser revistos. Ainda que não esteja definido um novo paradigma jurídico teórico, é preciso atentar para os contornos das teorias insurgentes, que são o germe de um novo modelo para o direito.

O presente trabalho de dissertação que trata d'*O conceito de justiça como elemento do paradigma jurídico pós-positivista* tem por objetivo a retomada da discussão sobre o fundamento do direito, de maneira a associá-lo, novamente, à idéia de justiça. A própria existência do direito enquanto instrumento de regulamentação das relações humanas depende de uma reavaliação dos conceitos e teorias de base. Esses conceitos são os que se revelam nas modernas teorias do direito, que indicam a abordagem do paradigma jurídico através da teoria da justiça. As teorias contemporâneas propõem a revisão dos fundamentos filosóficos do direito, analisando o direito a partir dos conceitos de ética e de justiça.

RESUME

Le concept de droit n'est pas un objet de recherche inédit en travaux académiques. La quête d'une définition satisfaisante est, au contraire, un thème réitéré en l'Académie. On peut trouver les assertions et associations les plus diverses quand on cherche à comprendre le droit en tant que phénomène humain : ce qui est conforme, ce qui est juste, ce qui est établi par l'autorité compétente, la loi, la norme. Les connotations en sont innombrables. Ce qu'il y a de particulier à la définition du concept de droit (parmi tant d'autres mots), un substantif abstrait, c'est qu'il n'existe point comme fin en soi (le jargon est inévitable), mais il est conditionné à la compréhension des échanges humains et sociaux. Le droit, dont la compréhension rend si difficile de le définir, naît du besoin de régler les rapports entre les hommes.

Les registres les plus lointains de l'étude du droit conduisent aux civilisations antiques de Rome et Athènes. Tandis qu'à Rome il se fonde sur l'autorité et est défini par le répit, à Athènes ses bases sont plutôt philosophiques : on le définit comme étant ce qui est juste. Mais si ces deux civilisations sont le berceau de toute la culture juridique de l'Occident, on constate que l'apport de Rome a supplanté la tradition héliénique. Et la base plus précieuse du droit, son fondement "humain", disparaît, et oblige l'homme à considérer un droit valide (parce qu'élaboré par autorité compétente), quand il n'est guère juste.

Le retard entre la production législative institutionnelle que, par sa seule positivation, desincombe l'action immédiate d'un gouvernement insensible aux besoins sociaux, est évident. La Constitution Fédérale de 1988 elle-même, par exemple, un modèle de norme d'avant-garde dans le monde entier, quand elle est considérée par rapport aux effets qu'elle produit, est un discours quasiment poétique. Elle est réthorique et inefficace en ce qui concerne les droits et garanties fondamentaux de l'être humain.

Le modèle hiérarchique construit par Hans Kelsen et tout le paradigme jusnaturaliste doivent être repris. Même si un nouveau paradigme théorique juridique n'est pas défini, il faut faire attention aux contours des théories qui se soulèvent, le germe d'un nouveau modèle pour le droit.

Ce travail qui traite du *Concept de justice en tant qu'élément du paradigme juridique post-positiviste* a pour objectif la reprise de la discussion sur les fondements du droit, de façon à l'associer de nouveau à l'idée de justice. L'existence même du droit en tant qu'instrument de réglementation des rapports humains dépend d'une réévaluation des concepts et théories de base. Ces concepts sont ceux qui se présentent dans les théories du droit modernes, lesquelles présentent l'approche du paradigme juridique moyennant la théorie de la justice. Les théories contemporaines proposent la révision des fondements philosophiques du droit tout en l'analysant à partir des concepts d'éthique et de justice.

1. INTRODUÇÃO

No hay, no ha habido una sola moral, un único concepto de moral, ni un solo derecho, un único concepto de derecho, y, por tanto, tampoco han sido posibles soluciones permanentes y universales a lo que debo hacer y a lo que puedo exigir por la fuerza. La universalidad de la moral e incluso del derecho que a veces han postulado determinadas teorías ha resultado un fracaso teórico y práctico.

Nicolás María López Calera, Filosofía del Derecho

Historicamente, o senso comum teórico jurídico flutua constantemente entre a idéia de que o direito é a expressão concreta da justiça, e a de que o direito é aquilo que está contido na lei. Melhor dizendo, o movimento dialético das teorias jurídicas é o da oscilação antitética permanente entre as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, o pluralismo e o unitarismo, o comunitarismo e o individualismo. O que nasceu primeiro: o homem ou a sociedade? Esta é a discussão tradicional da filosofia política. Os indivíduos possuem características anteriores à interação social? Possuem atributos no estado de natureza que os caracterizam enquanto tal? Ou os indivíduos só existem quando analisados no seio de uma sociedade?

A resposta a esta pergunta nunca será encontrada, mas é precisamente a necessidade de encontrá-la que dá origem à sagacidade pela busca do saber e gera a angústia constante que fundamenta a necessidade do conhecimento. Não é a resposta, mas a procura por ela que motiva os teóricos a revelar em novas fórmulas e teorias, novos modelos que possibilitem a compreensão do mundo.

Até o século XIX predomina o jusnaturalismo. A idéia de bem precede a idéia de direito, este é o fundamento kantiano do direito. A sociedade seria uma esfera neutra que reúne diferentes idéias atomizadas de bem, que requer o reconhecimento de juízos de valor. Por outro lado, os positivistas entendem que a idéia de direito precede a idéia de bem.

A procura por um novo modelo nasce da convicção de que o vigente é inaplicável, insuficiente ou incipiente para a resolução dos conflitos insurgentes na sociedade. Os novos consensos surgem para derrubar os antigos, em momentos

de crise. Na tentativa, porém, de provar a inaplicabilidade do sistema em vigor, é possível deparar-se com um novo sistema inaplicável, ou com a convicção de que ambos são aplicáveis, numa sociedade ideal.

Para o direito, a construção de um paradigma (ou modelo teórico) é delicada, já que envolve um conjunto de valores abstratos e subjetivos. O direito está sempre estreitamente vinculado à idéia de justiça e aos valores morais, sociais, religiosos, éticos, e tantos outros presentes numa sociedade. A concepção original do direito nasce junto com a de justiça. O legado grego que fundamenta toda a teoria jurídica ocidental propõe o nascimento do direito a partir do mito de Prometeu, e da sua participação na constituição da civilização humana que foi, por Zeus, agraciada com *diké* e *aidós*: o direito e o discernimento. A criação do direito enquanto instituição não é suficiente para a constituição da civilização humana. O direito não é auto-suficiente, auto-resolúvel, depende da capacidade humana de discernir de que forma pode ser melhor aplicado para concretizar a justiça entre os homens.

Os gregos desenvolveram a concepção jusnaturalista. O direito era denominado natural porque representava um conjunto de leis derivadas da própria natureza, como as leis da física ou a astronomia.¹ Era interpretado como um conjunto de princípios universais, leis divinas, invariáveis no tempo e espaço; eram constantes e imutáveis. A razão é um atributo do ser humano por sua própria condição humana, é um atributo de sua natureza. A matriz teórica grega

¹ Os gregos conheciam os dois tipos de ordenamento, positivo e natural, mas acreditavam na supremacia do último sobre o primeiro. Este debate é dramatizado na tragédia de Sófocles: "Antígona".

jusnaturalista foi a concepção jurídica hegemônica até o século XIX, quando o positivismo suplantou-a e propôs uma revisão de postura.

O positivismo jurídico ataca a idéia de natureza humana inclinada à justiça e começa a questionar os mecanismos jusnaturalistas de sistematização do direito: a idéia de justiça inerente à natureza humana, a universalidade do direito e sua imutabilidade no tempo e espaço.... As explicações metafísicas cedem lugar a uma nova ciência, capaz de classificar o direito enquanto disciplina exata, vinculada a normas e com uma linguagem própria, depurando-o em relação aos elementos alheios a seu conteúdo. O direito deve ser compreendido através da forma como é posto, com a qual passa a ser identificado. A forma característica do direito é a norma, todo o seu conteúdo passa a ser apreendido dentro dela que o incorpora. Gradativamente a idéia de justiça vai perdendo a primazia no universo jurídico e a vinculação da concepção do direito à idéia de lei passa a ser a tendência predominante.

As teorias juspositivistas, entretanto, ainda que atravessem os séculos XIX e XX determinando a positivação das leis e a juridicização do Estado, enquanto legitimado à produção normativa, não são suficientes para esgotar o complexo entendimento do fenômeno jurídico. Em meio aos tumultuosos acontecimentos mundiais deste período - guerras e insurreições, revoluções e revoltas - os Estados justificaram os regimes totalitários e as intervenções bélicas, em nome do direito fabricado na forma da lei - considerado válido e legítimo - porém outorgado pelos governos. O absolutismo passa do campo do real para o campo legal.

A aversão ao totalitarismo impõe a necessidade de atribuir força normativa às constituições. Elas devem possuir *status* de instância normativa superior vinculante que obriga o legislador (e o executivo, por extensão) a manter parâmetros legais, que ele mesmo invoca. Estes parâmetros são incorporados na positivação dos valores dos homens, através da criação e defesa dos direitos humanos: as garantias individuais e os direitos fundamentais.

Para superar o positivismo despontam propostas diversas. As teorias contemporâneas destacam o resgate do conceito de justiça. A intenção é recuperar o conceito de direito, vinculando-o ao de justiça e os princípios a ela relativos. Desponta um novo modelo que retoma este conceito, sem esquecer a dimensão normativa do fenômeno jurídico. Efetiva-se o resgate teórico das matrizes do conceito de justiça, em plena consciência da dimensão normativa, alicerce do universo jurídico.

Toda tentativa de provar a impossibilidade de um mundo descrito leva a uma nova descrição e à construção de um novo universo, que pode ser um produto narrativo, uma construção retórica, sem necessariamente possuir uma remissão histórica (ao paradigma anterior). A construção de um paradigma tem como contexto um conflito entre diversos deles, ou a insatisfação com o consenso vigente. Geralmente, o novo senso comum teórico nasce em momentos de crise, de incertezas e agitação, quando se questiona o *status quo ante*. A concepção (criação, invenção) de uma cosmovisão não pressupõe acordos intelectuais, mas tem sua ênfase no modo de produção dos mundos possíveis. Enquanto discussões filosóficas (a filosofia é o que deveria ser), estes mundos são incomensuráveis. A

compreensão da incomensurabilidade é a possibilidade teórica da existência de um pluralismo no plano ordinário. O problema é filosoficamente insolúvel, mas politicamente viável, e deve ser objeto constante de argüição, discussão.

Ainda que seja um conceito primário para qualquer jurista, é difícil encontrar uma resposta objetiva à pergunta: o que é justiça? O objeto do presente trabalho, *O conceito de justiça como elemento do paradigma jurídico pós-positivista* engloba as propostas de vários autores e suas definições acerca do fenômeno jurídico, e mais especificamente: qual é o conceito de justiça que guiará a teoria jurídica no paradigma que se propõe superar o positivista? Considera-se, igualmente, a necessidade de resgatar o conceito de justiça no manuseio da teoria jurídica para adequar o direito a seus destinatários. Conceitos de direito alternativos ao do positivismo, que o invoca na forma da lei, são a característica mais presente nas teorias dos autores contemporâneos. A definição de direito está cada vez mais vinculada à de justiça. A teoria jurídica começa a ser abordada como teoria da justiça e o conteúdo do direito é cada vez mais freqüentemente caracterizado pelos valores fundamentais a serem preservados na esfera jurídica individual.

Este trabalho procura traçar o perfil das novas teorias jurídicas a partir do conceito de justiça utilizado pelos autores contemporâneos. A *teoria da ação comunicativa* de Habermas e a *teoria da justiça* de Rawls representam a vanguarda da teoria jurídica contemporânea. Se é verdade que apresentam fundamentalmente a questão da justiça, não eliminam, como fizeram as teorias jusnaturalistas do passado, a dimensão normativa do direito: trabalham-na do

ponto de vista ético. Ronald Dworkin também é autor de destaque por considerar *os direitos a sério*. Estes autores são citados reiteradamente em qualquer trabalho que recorra ao conceito de justiça, e a construção de um novo modelo teórico jurídico. Outros autores trazem alguma contribuição para delinear os traços das novas teorias jurídicas. Para o objetivo desta dissertação, serão utilizadas as obras dos autores acima citados.

No capítulo primeiro do presente trabalho serão analisadas as matrizes teóricas que esclarecem o conceito de direito a partir do de justiça, definindo a justiça enquanto equidade, paz e liberdade. A análise do conceito de justiça é feita a partir da apresentação de três paradigmas, considerados fundamentais, e da compreensão dos autores que desenvolveram estes modelos, acerca da origem, definição e importância da ética e da justiça para a vida em sociedade.

A primeira matriz teórica é a aristotélica. Aristóteles defende a justiça como equidade, fundamental para a compreensão do conceito de igualdade jurídica, não somente pelos autores jusnaturalistas, mas pelos positivistas, inclusive. A segunda matriz teórica é a hobbesiana. O ideal de justiça, para Thomas Hobbes, está compreendido na concepção de segurança e paz social. A sociedade é a forma da associação humana necessária para superar a *guerra de todos contra todos*, para que os homens superem o ambiente anti-social de violência absoluta. O Estado nasce para organizar a sociedade, sendo a lei o instrumento regulador das relações sociais. A terceira matriz teórica é a kantiana. Immanuel Kant apresenta a liberdade - consequência do livre arbítrio - como fundamento da justiça. O homem, ser racional, dispõe de livre arbítrio que o

conduz à compreensão da necessidade da organização social, do respeito à liberdade de seu próximo. A antítese entre liberdade e obediência é o dilema da teoria kantiana.

Para realizar o contraponto às teorias jusnaturalistas, no capítulo segundo será feita uma incursão através da matriz teórica positivista. Para verificar a dimensão normativa do direito, serão trabalhadas as acepções de três autores: Hans Kelsen (Alemanha), Herbert Hart (Inglaterra) e Norberto Bobbio (Itália), que são doutrinariamente os autores mais relevantes do paradigma positivista. A obra de Hart representa a base do positivismo anglo saxão, que é a matriz desenvolvida por Rawls, ressalvadas algumas críticas. Kelsen é o positivista mais notório, o maior expoente da escola positivista no universo jurídico. Desenvolveu de forma intensa e irreversível o positivismo jurídico enquanto teoria. Bobbio, por sua vez, sintetizou todo o pensamento positivista dos séculos XIX e XX, introduzindo a teoria analítica na teoria jurídica positivista.

É de Norberto Bobbio a teoria de base que atravessa todo este trabalho de dissertação. Um dos juristas mais respeitados do século, desenvolve, através de sua vida acadêmica, uma das produções literárias mais sólidas e significantes de todos os tempos. Extremamente culto e ponderado, seu trabalho alcança repercussão entre positivistas e jusnaturalistas, conservadores e progressistas, filósofos e dogmáticos, flutuando em diversas áreas do conhecimento humano: direito, ciência política, filosofia.....²

² "Norberto Bobbio es, sin lugar a dudas, uno de los grandes filósofos del Derecho contemporáneos y muy plausiblemente el mayor filósofo italiano vivo. Pero llamarle filósofo del Derecho o filósofo a secas no da ni mucho menos la exacta medida de su personalidad. El vasto número de sus escritos y la diversidad de temas, intereses e influencias en su obra hacen que le

A obra de Norberto Bobbio é o arcabouço teórico de toda a presente pesquisa. É através do conceito bobbiano de justiça, que, no capítulo primeiro, estão determinados os autores relevantes à compreensão do direito enquanto justiça. Bobbio define justiça a partir dos conceitos de igualdade e liberdade, num opúsculo onde estes vocábulos configuram o título³. É através da identificação da justiça com a igualdade e a liberdade que os autores debatidos no primeiro capítulo foram selecionados: a justiça enquanto equidade de Aristóteles, a igualdade material entre os homens que os obriga a buscar a paz, no *Leviatã* de Hobbes e a justiça enquanto liberdade de Kant.

No segundo capítulo, a sistematização do paradigma positivista desenvolve-se, também, a partir da obra bobbiana. Tomando como ponto de partida o *Positivismo Jurídico*⁴ propõe-se uma abordagem histórica da escola positivista que conduz às obras de Kelsen e Hart. O desfecho do capítulo concentra-se na sistematização da teoria positivista entre a teoria da norma jurídica e a teoria do ordenamento jurídico, no pensamento do próprio Bobbio.

É a possibilidade da interpretação destas teorias da norma e do ordenamento sob um ponto de vista da teoria da justiça que enseja os argumentos do terceiro capítulo. “Teoria da justiça” é a expressão cada vez mais utilizada para abordar os temas pertinentes à teoria jurídica. É necessário, então, compreender o

cuadre mejor el apelativo usual de intelectual. Si por intelectual se entiende además al hombre de cultura con relevante influencia pública a través de la divulgación y la síntesis de su pensamiento, intelectuales ha habido y sigue habiendo muy pocos, aunque no tan pocos como sugeriría la discutible identificación entre ser intelectual y ser ideológicamente progresista. Bobbio cumple también todas esas condiciones y hasta otra que hoy casi ha pasado a la historia: la de ser filósofo en el sentido más general de la palabra.” (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 13).

³ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

que os autores contemporâneos entendem por justiça, pois ela é relevante para a discussão jurídica. É precisamente o conceito de justiça, relacionado nos diversos autores elencados no terceiro capítulo, a síntese da discussão entre a idéia do direito enquanto justiça defendida pelos jusnaturalistas e sua antítese, a concepção de direito enquanto norma, desenvolvida pelos positivistas. Os argumentos apresentados permitirão a construção de um conceito de justiça necessário à edificação de um novo paradigma jurídico, adequado às necessidades sociais emergentes.

A busca de outras propostas de paradigmas na discussão jurídica contemporânea está contida na produção literária de alguns autores. No capítulo três será feita a análise das teorias por eles elaboradas -precipualemente Norberto Bobbio, Jürgen Habermas, John Rawls e Ronald Dworkin- fundamentais para o resgate da teoria da justiça no universo jurídico, e os reflexos deste resgate na compreensão do direito no século XXI.

De fato, se a conduta dos sujeitos deve necessariamente pautar-se num sistema que tenha na postura ética uma conduta fundamental, e essa somente pode ser compreendida através da compreensão da justiça, que por sua vez só pode ser aplicada se capturada pelo direito, então, a lei é materialização do direito unicamente se for justa. Resumindo, a justiça será materializada através da lei.

Os argumentos jusnaturalistas e juspositivistas se fundem na perspectiva das teorias dos novos autores. A compreensão dos fundamentos teóricos da justiça e da lei é indispensável à percepção mais apurada destas

propostas. Este novo paradigma é o que está sendo delineado pelas teorias jurídicas contemporâneas.

A compreensão do universo jurídico, do fenômeno social definido enquanto *direito*, envolve muito mais que um conjunto de regras positivas, hierarquicamente ordenadas, segundo um critério de unidade.

Por outro lado não se pode esperar que o direito seja materializado exclusivamente porque faz parte da natureza humana a compreensão e o discernimento entre aquilo que é justo e o que não é. A construção do direito, ou de uma sociedade em conformidade com os ditames da justiça, envolve igualmente princípios, convicções, condutas, valores, fatos sociais, condicionados coletiva ou individualmente pela idéia de justiça, e todos estes conceitos exigem um certo grau de análise.

* * *

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, desenvolvida através do método monográfico de procedimento, enquanto a abordagem é a dedutiva.⁵

Para as obras selecionadas que foram escritas originalmente em língua estrangeira (francês, inglês, espanhol e italiano) estão inclusos, em nota de rodapé,

⁵ "A expressão *lógica dedutiva* refere-se ao estudo de argumentos cujas conclusões são presumivelmente *necessárias*, no sentido de que, se aceitarmos as premissas como verdadeiras, as conclusões também teriam que ser consideradas verdadeiras. (...) O ponto de partida natural para chegarmos a análises mais profundas é a lógica dedutiva, na medida em que ela oferece meios para elucidar e reconhecer as falhas de argumentos mais complexos." (David Carraher, *Senso crítico*, p. 58).

os trechos traduzidos, assim como se encontram no original. As citações em português que constam do texto são traduções da mestranda.

CAPÍTULO 1: DIREITO E JUSTIÇA NAS MATRIZES TEÓRICAS CLÁSSICAS

A ação humana é caracteristicamente mediada por formas simbólicas. Os animais possuem voz, o que os habilita a indicar prazer e dor, mas só os humanos possuem o poder da fala, o que os habilita a indicar a respeito do conveniente e do inconveniente, do justo e do injusto, etc. Finalmente, só os humanos podem desenvolver-se de acordo com a excelência e, em relação com esta, podem sentir prazer, não apenas como um alvo distinto para ação instrumental, mas como uma sensação adicional que eles experimentam quando atingem a excelência.

Donald Levine, Visões da tradição sociológica

1.1. Considerações preliminares

Justiça é um conceito essencial para todo pesquisador da área filosófico-jurídica.⁶ É um conceito que envolve, necessariamente, a compreensão de dois valores humanos fundamentais: igualdade e liberdade. Qualquer sistema político que invoque a justiça como fundamento, deve tratar os homens que o compõem de forma igualitária. Para que a lei possa ser aplicada de forma justa, todos os homens devem ser iguais perante ela. Além de iguais, os homens devem ser livres, inclusive para optar pela sujeição à lei, não porque é uma forma de coerção, mas porque a lei deve garantir a todos uma sociedade mais justa e paritária.

Igualdade e Liberdade é o título de um opúsculo escrito Norberto Bobbio, que associa diretamente as idéias de justiça e igualdade.⁷

Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história. Ambos se enraízam na consideração do homem como pessoa. (...) Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa (...) deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade.⁸

A análise etimológica dos vocábulos *Direito* e *Justiça*, coloca em

⁶ "A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. (...) Digamos agora que uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitem os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios." (John Rawls, *Uma Teoria da justiça*, pp. 3-5).

⁷ "Igualdade é freqüentemente substituída por Justiça no binômio Justiça e Liberdade." (Norberto Bobbio, *Igualdade e liberdade*, p.7).

⁸ Norberto Bobbio, *Igualdade e liberdade*, p. 7.

evidência a mesma origem. A raiz nominal latina de *direito* é *directum*, ou *rectum*; o que é reto, correto, conforme a regra. Também é de origem latina a raiz nominal de *justiça* (*jus*); que significa direito, radical que compõe diversas palavras associadas ao direito, como “jurídico”, “judiciário”, “judicial”.⁹ Para iniciar este trabalho acadêmico propõe-se relacionar os conceitos de *direito* e de *justiça*.

A filosofia tem sido preterida no universo jurídico, enquanto disciplina, por seu conteúdo deontológico, em oposição ao caráter ontológico do direito. O universo jurídico está reduzido a um conjunto de procedimentos e fatos que parecem relegar da contribuição da filosofia aos operadores jurídicos. É um erro fazer esta suposição.

Quando ficou elucidado o conceito de justiça, a compreensão do direito começa a ficar mais clara. Para compreender justiça em seu sentido pleno, este primeiro capítulo traz a análise das matrizes teóricas de três autores, cujas contribuições são fundamentais para a teoria jurídica e a teoria da justiça: Aristóteles, Thomas Hobbes e Immanuel Kant.¹⁰

⁹ André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, p. 23.

¹⁰ Em *Liberdade e igualdade*, Norberto Bobbio expõe a relevância destes dois conceitos para o entendimento do conceito de justiça. Nesta obra, cita poucos autores, entre eles Aristóteles, os contratualistas, Kant, Marx e seus seguidores. Para o objetivo traçado pela introdução ao capítulo foram selecionadas as matrizes teóricas de Aristóteles, Hobbes e Kant, aquiescendo à sugestão de Bobbio. Estes autores clássicos compõem, também, a base teórica dos autores analisados no capítulo 3 deste trabalho.

Mas não é ignorada a repulsa de Hobbes a dois problemas centrais do aristotelismo: “a presença de um certo falibilismo na definição aristotélica de política, enquanto forma de conhecimento, e a associação entre saber teórico –preenchido por proposições necessariamente verdadeiras– e contemplação. Para Aristóteles, a política (e a ética) pertence ao domínio dos saberes práticos, no qual o tipo de conhecimento que se produz tem fundamento na probabilidade e não na certeza teórica. Ora, a meta principal de Hobbes é estabelecer a possibilidade de uma ciência da política cujo alcance cognitivo seja capaz de ultrapassar a barreira da mera probabilidade”. (LESSA, Renato. A gênese da desordem. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 8 de setembro de 2001. *Jornal de Resenhas*, p. 8.)

Esses são os autores que abordam a justiça a partir dos conceitos de igualdade e liberdade. Para Bobbio a palavra *justiça* pode substituir *igualdade* na composição deste binômio. A produção teórica de Norberto Bobbio é a teoria de base deste trabalho de dissertação, por sua fluência nas diversas áreas e tendências do direito e por sua didática.

A compreensão de direito e justiça remete historicamente à assimilação dos conceitos de igualdade e liberdade, que são conceitos fundamentais nas teorias dos autores, cujas matrizes serão analisadas.¹¹ Para os filósofos gregos simboliza a felicidade (a harmonia social). Kant, por sua vez, identifica a justiça com a liberdade enquanto que, para Hobbes, ela é a paz.¹²

¹¹ Em espanhol, no original: "Una forma de orientarse sobre las concepciones substantivas de justicia, o sea las diversas interpretaciones del concepto de justicia, consiste en hacer una revisión de la 'geografía axiológica', de modo de inspeccionar las relaciones entre la justicia y otros valores, como los de bienestar o felicidad, la legitimidad, la eficiencia, el orden, la libertad, la igualdad." (Carlos Santiago Nino, *Justicia*, p. 65).

¹² "(...)Os fins aos quais tem-se recorrido mais frequentemente são: a) a felicidade; b) a utilidade; c) a liberdade; d) a paz.

A felicidade têm recorrido mais frequentemente os filósofos. Diz Aristóteles: 'As leis se pronunciam sobre qualquer coisa tendo em vista ou a utilidade comum a todos ou aquela de quem prima pela virtude ou por outra forma: de modo que com uma só expressão definimos justas as coisas que procuram ou mantêm a felicidade ou parte dela na comunidade política'.

Já na Antiguidade(...) a J. foi identificada com a utilidade. No mundo moderno, Hume fez valer eficazmente este ponto de vista. 'A utilidade e o fim da justiça, disse ele, é o de procurar a felicidade e a segurança conservando a ordem na sociedade.'

A identificação da J. com a liberdade foi feita por Kant.

Por fim, além da felicidade, da utilidade e da liberdade, os filósofos têm frequentemente empregado como medida ou critério da J. de um ordenamento normativo a paz. Esta medida foi introduzida por Hobbes: para ele um ordenamento justo é um ordenamento que garante a paz, subtraindo os homens do estado de guerra de todos contra todos, em que vivem no 'estado de natureza'." (Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, p. 566-567.)

Análise conceitual de direito e de justiça

A definição de Direito extraída do Novo dicionário Aurélio¹³, na acepção relacionada ao direito, abrange diversos sentidos. Enquanto adjetivo: “(7) Íntegro, probo, justo, honrado.” Enquanto substantivo masculino: “(9) Aquilo que é justo, reto e conforme a lei. 10) Faculdade legal de praticar ou deixar de praticar um ato. 11) Prerrogativa, que alguém possui, de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos, ou o respeito a situações que lhe aproveitam; jus. 12) Faculdade concedida pela lei; poder legítimo. 13) Ciência das normas obrigatórias que disciplinam as relações dos homens em sociedade; jurisprudência. 14) O conjunto de conhecimentos relativos a esta ciência, ou que tem implicações com ela, ministrados nas respectivas faculdades. 15) O conjunto das normas jurídicas vigentes num país. 16) Complexo de normas não formuladas que regem o comportamento humano; lei natural. (...)”

A definição de justiça, também extraída, inicialmente, do Novo dicionário Aurélio¹⁴, enquanto substantivo feminino, significa: “(1) Conformidade com o direito; a virtude de dar a cada um aquilo que é seu. 2) A faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência. 5) O poder judiciário.”

O conceito de justiça também não fica restrito à sua definição gramatical. A compreensão de um conceito sempre envolve, aliás, um estudo mais profundo, a análise de várias acepções. As formas de entender a justiça que

¹³ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário Aurélio século XXI*, vb. direito. [Do lat. cláss. *directu*]

¹⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário Aurélio século XXI*, vb. justiça. [Do lat. cláss. *justitia*]

serão analisadas neste trabalho são de três autores em particular: Aristóteles, Immanuel Kant e Thomas Hobbes. Eles relacionam o conceito de justiça, respectivamente, com a equidade, a liberdade e a paz.

Aprofundando o estudo do radical jus, pode-se relacioná-lo com “o vocábulo sânscrito “*yí*”, que significa vínculo”, ou ainda, “o vocábulo do idioma védico “*yós*”, que significa bom, santo, divino”.¹⁵ As interpretações que relacionam a palavra direito a estes vocábulos pressupõem a conexão da palavra às idéias de justiça, bom senso, fazer o bem. A palavra grega correspondente a direito é *diké*, cuja raiz *dik*, significa indicar. Para entender a importância da acepção desta palavra em sua origem grega, é necessário fazer uma passagem pela mitologia.¹⁶

O filósofo grego Protágoras defende a explicação mítica do surgimento da justiça. A justiça (*diké*) é um presente de Zeus. É concebida com a sensação de estar no mundo e de que há outras pessoas no mundo com a mesma capacidade de reconhecê-la ou a condição de internalização da justiça (*aidòs*).

Na mitologia, Zeus era o Deus de todos os deuses, o “... deus supremo, imagem da justiça e da razão, da ordem e da autoridade. Onipotente, tudo vê e sabe (...)”¹⁷ Foi traído por Prometeu, dito o benfeitor da humanidade.

Prometeu manteve-se neutro durante a luta entre os Titãs e os olímpicos. Entretanto, quando notou que a vitória caberia a Júpiter¹⁸, ofereceu seus préstimos ao deus. Desse modo, foi recebido no Olimpo, participando das assembleias e dos banquetes das divindades. Enviado à terra com a incumbência de criar um ser diferente dos animais, decidiu vingar-se do pai

¹⁵ André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, p. 24.

¹⁶ A mitologia é a história dos deuses e heróis da antiguidade greco-romana, conjunto de mitos que compunha a religião deste povo.

¹⁷ Maria S. de Andrade e Maria Izabel Simões, *Dicionário de mitologia greco-romana*, p. 103.

¹⁸ Designação que os romanos davam a Zeus.

dos deuses, que destruíra sua raça. Apanhou o barro do chão, umedeceu-o com água e esculpiu a massa até obter feições iguais às de um deus. Inspirado nessa primeira estátua, modelou várias outras. Em seguida, insuflou-lhes a fidelidade do cavalo, a força do touro, a esperteza da raposa, a avidez do lobo. Minerva¹⁹ fez as novas criaturas sorverem algumas gotas de néctar e elas adquiriram o espírito divino. Estava criada a raça humana.²⁰

Durante um banquete, Zeus pediu a Prometeu que separasse as partes de um boi para que fosse dividido entre deuses e humanos. Para privilegiar os humanos, Prometeu escondeu a carne sob as vísceras e camuflou os ossos sob a gordura do animal. Zeus escolheu a gordura, certo de que estava encobrindo a carne. Quando percebeu o artil, o deus foi acometido de violento acesso de cólera. Para punir Prometeu e a raça de mortais que criou, escondeu-lhes o fogo, o último elemento que lhes faltava para fundar uma civilização. Prometeu não se intimidou e desobedeceu a Zeus mais uma vez, roubando uma tocha com fogo do Olimpo e entregando-a aos homens. Por mais esta impertinência foi acorrentado a uma pedra, no topo do monte Cáucaso, aonde uma águia vinha durante o dia comer-lhe o fígado, que se recompunha durante a noite.

O fogo, se bem que fosse o último elemento do qual os homens necessitassem para constituir uma civilização, não capacitou a raça humana à vida social.

... A injustiça reina entre eles, e é necessário que a graça de Zeus, que é “de um outro plano” do que a benfeitoria de Prometeu, intervenha; Zeus outorga aos homens duas virtudes que lhes serão distribuídas a todos, e não mais repartidas de acordo com o princípio da divisão do trabalho: a *aidós* e a *diké*.²¹

¹⁹ A deusa da sabedoria.

²⁰ Maria S. de Andrade e Maria Izabel Simões, *Dicionário de mitologia greco-romana*, p. 158.

²¹ “(...)l’injustice règne parmi eux, et il faut que la grâce de Zeus, qui est “d’un autre ordre” que la bienfaisance de Prométhée, intervienne; Zeus octroi aux hommes deux vertus qui leur seront distribuées à tous, et non plus réparées suivant le principe de la division du travail: l’*aidós* et la *diké*.” (Louis Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, p. 14).

A *diké* é, como mencionado anteriormente, a justiça. A palavra *aidós* não possui tradução literal. Mas...

(...) através da multiplicidade do seu emprego, pode-se dizer que designa um sentimento de respeito ou contenção que se aproxima pelo menos da reverência religiosa (...), mas que vale essencialmente na ordem das relações humanas em que comanda certas abstenções ou certas atitudes em relação a um parente, um ser de dignidade eminente, de um suplicante...; sentimento concomitantemente social e moral porque a *aidós* é ao mesmo tempo preocupada com a opinião pública (...) e (...) com o que o sujeito deve a ele mesmo.²²

Os mitos fazem parte do cotidiano humano e servem de base para teorias relevantes em diversas áreas do conhecimento humano.²³ Do mito retira-se que Zeus outorgou aos homens, quando lhes outorgou o direito, também o bom senso, ou o discernimento para compreender o que é a justiça. O direito não possui outro significado que não o que lhe é inculcado subjetivamente, e este é insuficiente. O direito, portanto, deve estar acompanhado, sempre, de *aidós*, o bom senso, o senso de justiça, a compreensão de sua finalidade e a sabedoria em sua aplicação. Estas são as condições mínimas para o primado do social. As condições da medida humana não são dadas aleatoriamente, no vácuo. O exercício da medida humana é dado em contextos pautados pela convivência social.

²² " ...à travers la multiplicité de ses emplois, on peut dire qu'il désigne un sentiment de respect ou de retenue qui se rapproche au moins de la révérence religieuse (...) mais qui vaut essentiellement dans l'ordre des relations humaines où il commande certaines abstentions ou certaines attitudes vis-à-vis d'un parent, d'un être d'une éminente dignité, d'un suppliant...; sentiment à la fois social et moral puisque l'*aidós* est à la fois soucieuse de l'opinion publique (...) et (...) de ce que le sujet doit à lui-même." (Louis Gernet, *Droit et Institutions en Grèce Antique*, p. 14-15).

²³ Segundo Luiz Alberto Warat o mito é um "produto significativamente congelado de valores com função socializadora. Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitam como veneram [sic] as formas de poder que engendraram essa situação. (...) O processo mítico assegura a simbolização de um conjunto de apreciações valorativas e finalidades nem sempre racionalizáveis como projeção de tendências e conflitos não solucionados." (Luiz Alberto Warat, *Introdução geral ao direito*, p. 104-105).

Além da definição do vocábulo, a conceituação de uma palavra impõe a compreensão do vocábulo enquanto definição do objeto no mundo real. O direito, neste sentido, não possui um sentido unívoco, mas possui várias acepções. Pode ser elemento de conservação das estruturas sociais ou instrumento de promoção das transformações institucionais da sociedade. Enquanto elemento de conservação não é necessariamente retrógrado nem possui um aspecto negativo, desde que identificado em sociedades onde exista *justiça* social. Mas é um erro fazer uso conservador do direito em uma sociedade em desenvolvimento, onde existe muita injustiça social. O valor fundamental a ser compreendido e defendido pelo direito é a *justiça*.

O estudo do direito, através da história, apresenta ciclos dialéticos de interpretação e relação do seu conteúdo com a justiça e com a lei. A vertente do direito que determina sua compreensão enquanto reflexo da justiça, porque consequência da natureza humana que possui uma razão intrínseca capaz de delegar ao homem a faculdade de compreender a justiça, é o *jusnaturalismo*. A outra vertente compreende o direito a partir de sua materialização, ou da produção jurídica que emana da autoridade competente para a elaboração da lei. Esta vertente é denominada *juspositivismo* ou *positivismo jurídico*.

Dos três autores acima relacionados, o único jusnaturalista é Aristóteles. Hobbes é o primeiro jusnaturalista da Idade Moderna, mas é também o primeiro autor positivista e defensor da centralização do poder na figura do Estado. Kant defende o livre arbítrio humano. Atribui ao homem a razão que lhe

permite identificar o bem, o justo, mas entende a obediência à lei, ao ordenamento jurídico posto pelo Estado, como um dever absoluto.

Este primeiro capítulo, então, apresenta uma análise mais complexa do conceito de justiça com base nestas três relevantes matrizes teóricas, ficando para o segundo capítulo um estudo do direito enquanto norma, também na concepção de autores juspositivistas, através de um estudo mais aprofundado do positivismo jurídico e do direito enquanto ciência.

ARISTÓTELES: JUSTIÇA E EQÜIDADE

Aristóteles (Grécia, ~384 - ~322) é um cientista e pesquisador. A obra de Aristóteles é resultado da observação, da tradição e do estudo. Foi discípulo de Platão por cerca de 20 anos, mas distanciou-se dos pensamentos do seu mestre quando começou a desenvolver sua própria subjetividade e uma forma peculiar de descrever a realidade que o cercava.

Foi preceptor de Alexandre, o Grande.²⁴ Viveu a miscigenação de povos e culturas enquanto observava a Grécia transformar-se em um grande império. Defendeu a diferença entre as idéias dos indivíduos considerados em suas particularidades, como fruto de seu meio, suas história e tradição. Reconheceu as diferenças de valores e concepções, defendeu-lhes a proteção, a fim de preservar a igualdade entre os homens. Pregava a unidade familiar como

²⁴ "Apesar da estima que Alexandre parece ter devotado sempre a seu antigo mestre, uma barreira os distanciava: Aristóteles não concordava com a fusão da civilização grega com a oriental. Segundo ele, gregos e orientais eram naturezas distintas, com distintas potencialidades, e não deveriam coexistir sob o mesmo regime político". (PESSANHA, José Américo Motta. *Aristóteles: vida e obra*. In: *ARISTÓTELES. Tópicos; Dos Argumentos sofisticos*. Coleção Os Pensadores. Vol. I. São Paulo: Nova cultural, 1987. p.VII.)

elemento essencial à geração de um sentimento de proximidade, irmandade e amor.²⁵

Aristóteles foi o primeiro autor a defender a pluralidade, forçando a observação da coexistência de várias culturas e diferenças intelectuais, discursando sobre diferentes formas de virtude, inclusive. O seu conceito de equidade é a raiz do conceito de igualdade usada pelos positivistas no século XVIII.

Para Aristóteles, o direito é a defesa incondicional do que é justo. Os conceitos de justiça e direito se confundem, na Grécia antiga. E à justiça, em seu meio termo, corresponde a equidade. O homem é um ser racional que desenvolve, através do exercício da virtude, capacidade de perceber a atitude justa é intrínseca à própria natureza humana, porque a própria idéia de justiça está presente na razão natural inerente ao ser.

Além de racional, o homem é um ser emocional, É dotado de razão por sua natureza, mas está imerso no universo de suas emoções. O uso da razão associado à disciplina das emoções resulta na faculdade de fazer o bem, enquanto a disciplina é resultado do hábito, desenvolvido através do aprendizado, que, por sua vez, é realizado através do exercício, do treinamento que constrói as virtudes do caráter no homem.

²⁵ "Atenas, 367 ou 366 a. C.. Ao grande centro intelectual e artístico da Grécia no século IV a. C., chega um jovem cerca de dezoito anos, proveniente da Macedônia. Como muitos outros, vem atraído pela intensa vida cultural da cidade que lhe acenava com oportunidades para prosseguir seus estudos. Não era belo e para os padrões vigentes no mundo grego, principalmente na Atenas daquele tempo, apresentava características que poderiam dificultar-lhe a carreira e a projeção social. Em particular uma certa dificuldade em pronunciar corretamente as palavras deveria criarlhe embaraços e mesmo complexos numa sociedade que, além de valorizar a beleza física e enaltecer os atletas, admirava a eloquência e deixava-se conduzir por oradores". (José Américo Motta Pessanha, *Aristóteles: vida e obra*, p.VII. Op. Cit.).

Aristóteles sustenta que tanto as causas formais como as eficientes das virtudes não são naturalmente dadas. Apetites e desejos são naturalmente dados, mas estes não são maus nem bons em si mesmos: sua qualidade moral só aparece na medida em que são modulados por hábitos apropriados. (...) Uma virtude só se materializa através do exercício de casos ilustrativos da mesma.²⁶

A conduta virtuosa é, portanto, uma faculdade adquirida que se divide em duas espécies: intelectuais -como por exemplo, a liberalidade e a temperança- e morais -a sabedoria prática (phronesis) e a sabedoria teórica (sofia).

Aristóteles é autor da máxima: *a virtude está no meio*. Ele explica que, sendo o ser humano extremado em suas ações, realizadas precipuamente sob o efeito das paixões (sendo o homem um ser racional e emocional), deve buscar um meio termo entre as paixões e as ações, para que sua conduta seja pautada pela virtude, idéia explícita em seu texto:

(...) A virtude diz respeito às paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, assim como a carência, ao passo que o meio-termo é uma forma de acerto digna de louvor; e acertar e ser louvada são características da virtude. Em conclusão, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, ela põe a sua mira no meio-termo.²⁷

A virtude é a defesa incondicional da equidade. Sendo incondicional, seria sensato considerá-la um excesso, mas neste caso, o excesso não elimina a virtuosidade. O fato de que a justiça, sendo um sumo bem, corresponderia a um extremo, não configura, para Aristóteles, uma contradição no encadeamento lógico de seu pensamento. A própria concepção de justiça -sua definição exata- reside na aplicação da equidade, que é a aplicação concreta da justiça. E o meio

²⁶ Donald Levine, *Visões da tradição sociológica*, p. 109.

²⁷ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.33.

termo, na questão da equidade, não se resume à média aritmética, e aí está a exata medida da justiça enquanto virtude, e da equidade enquanto meio termo, que não equivale, necessariamente, à metade.

Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é equidistante dos extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco – e este não é um só e o mesmo para todos.

(...) Mas o meio-termo relativamente a nós não deve ser considerado assim: se dez libras²⁸ é demais para uma determinada pessoa comer e duas libras é demasiadamente pouco, não se segue daí que o treinador prescreverá seis libras; porque isso também é, talvez, demasiado para a pessoa que deve comê-lo, ou demasiadamente pouco.²⁹

A noção de equidade remete à noção de justiça distributiva. Faz-se necessário tratar as diferenças e desigualdades inerentes à natureza humana de forma justa, de maneira a aplicar a justiça de maneira equitativa para todos os homens, eliminando as arbitrariedades e as atitudes de aplicação da justiça meramente aritméticas. A equidade é a solução prática da aplicação do bom senso, a moderação, a mediania, o meio termo. Neste sentido, é a aplicação incondicional da justiça enquanto valor absoluto, que não significa um excesso (contrariando a defesa do meio termo), mas a própria realização do meio termo e de toda a sucessão lógica dos atos que Aristóteles apregoa.

A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania (...). E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta (...). E assim, no que toca à sua substância e à definição que lhe estabelece a essência, a virtude é uma mediania; com referência ao sumo bem e ao mais justo, é, porém, um extremo.³⁰

²⁸ Libra: unidade métrica no sistema anglo-americano.

²⁹ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.32.

³⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.33.

Da mesma forma que a justiça enquanto extremo não configura dualidade nem contradição na obra aristotélica, outro extremo deve ser considerado, e que não configura a subversão de sua proposta: fazer o bem é a finalidade suprema e absoluta da justiça. “A justiça (...) não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira”³¹, o meio através do qual o bem se materializa. Desta idéia deve derivar a produção jurídica do Estado, que existe para proporcionar aos indivíduos a boa aplicação da justiça, aquela que tem o intuito de fazer o bem. O Estado justamente existe pela e para a aplicação da justiça. “O governo ou a constituição política não são senão uma ordem estatuida entre aqueles que moram na cidade.”³²

O Estado configura a forma mais perfeita de organização social, “o desaguadouro natural, o ponto de chegada necessário, a conclusão de certo modo quase predeterminada de uma série mais ou menos longa de etapas obrigatórias.”³³

A polis também existe naturalmente, e isso por três razões: (1) os seres humanos são dotados, por natureza, com a faculdade da fala, pela qual estão aptos a discorrer sobre o bem e o mal, uma disposição que só podem expressar na comunidade política; (2) as unidades componentes da polis, famílias e aldeias, existem por natureza; e (3) a polis é a forma de associação à qual aspiram aquelas unidades, a culminação de sua existência – e o que a converte no objetivo final delas. Por outras palavras, no que se refere à sua causa material e à sua causa final, a comunidade política, locus do supremo bem humano, existe por natureza.³⁴

A justiça extrema e o bem supremo são dois aspectos do mesmo fenômeno: a equidade enquanto prática do bom senso, do meio-termo, realizada com sucesso. A justiça é a equidade, a igualdade, o equidistante, o meio.

³¹ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 83.

³² Aristóteles, *A Política*, p. 75

³³ Norberto Bobbio, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, p. 43.

³⁴ Donald Levine, *Visões da tradição sociológica*, p. 110.

“Igualdade não admite nenhuma diferença entre os que são iguais.”³⁵ A virtude, adquirida através do treinamento, é a habilidade de encontrar o meio termo, que não é outra coisa que a *aidós*: o discernimento. “A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo. (...) O [homem] justo é (...) o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e improbo.”³⁶

Quanto ao que seja injustiça, Aristóteles é taxativo, não admite que, no uso da racionalidade que constitui sua própria natureza, o homem encontre elementos para justificar uma ação injusta. “Um ‘infortúnio’ é uma ocorrência irracional que acontece sem maldade; um erro é uma ocorrência não irracional provocada sem maldade; uma injustiça é uma ocorrência provocada com maldade que não é irracional.”³⁷

Baseado neste raciocínio que caracteriza a ação injusta como sendo indefensável, Aristóteles faz a aposta na justiça enquanto valor absoluto, um valor inerente ao ser humano em toda sociedade, em qualquer parte do território, em qualquer tempo, sob qualquer que seja a forma de governo. A atitude justa, a razão que leva o homem a agir de forma correta, honesta, probo, não é extrínseca, é um condicionamento inerente a sua própria natureza: ou está presente no âmago do ser humano, ou jamais lhe será imposto de forma externa. E a aposta de Aristóteles é que o agir de forma justa é parte integrante da alma humana, a ser desenvolvida, despertada através do aprendizado, exercitada, quando será, então, fortalecida e concretizada. “Não há leis que façam um indivíduo feliz se este não

³⁵ Aristóteles, *A Política*, p. 97.

³⁶ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 81.

³⁷ D. J. Allan, *A Filosofia de Aristóteles*, p.180-1.

quiser cooperar. Além disso, as mais elevadas atividades sobre que repousa, na verdade, a felicidade são de uma natureza tal que nunca poderão, nem deverão, ser prescritas na lei.”³⁸

A lei não teria razão de existir, a justiça não seria uma atitude praticável se o homem não possuísse, intrinsecamente, a faculdade de optar pela obediência à lei, a capacidade de concluir, por meio de sua própria razão, sem coerções externas, que a sua felicidade e a felicidade suprema dependem desta obediência, sendo estas leis a expressão legal da justiça. “É necessário que o bom cidadão saiba e seja capaz de obedecer e de ordenar; a sua própria virtude está em formar os homens livres sob esta dupla relação.”³⁹

Aristóteles divide a justiça em duas partes: legal, “a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida” e justiça natural, “aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo.”⁴⁰

Aristóteles sugere, portanto, a existência tanto de valores absolutos quanto relativos, ambos caracteristicamente morais. Ele realizou um estudo aprofundado das constituições de 158 Estados (*polis*) gregos (simples ou confederações), em que conclui que os textos apresentam semelhanças e diferenças, convergindo para um conjunto de valores que considera fundamentais. A justiça natural impõe valores morais absolutos, a serem observados pelos homens, independentemente da sociedade em que vivem: a busca da felicidade e a justiça como equidade são universais. A justiça legal

³⁸ D. J. Allan, *A Filosofia de Aristóteles*, p.164.

³⁹ Aristóteles, *A Política*, p. 82.

⁴⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.91.

corresponde ao ordenamento, ao conjunto de leis de cada sociedade (o produto de convenções de um agrupamento de homens), que pode não encontrar correspondência em sociedades contemporâneas ou que, em diferentes épocas, tenham habitado o mesmo território.

A preocupação de Aristóteles com relação ao conceito de justiça é estabelecer-lhe um entendimento enquanto conceito absoluto (justiça natural), único, um conceito que não oscile conforme o receptor, que possibilite a identificação imediata de um ato justo ou injusto, que evoque no interlocutor a mesma segurança, a mesma certeza, a mesma sensação de definição inequívoca que provoca um enunciado numérico. Aristóteles busca um conceito exato, matemático, aritmético. O objetivo da formulação dos conceitos é a capacidade de se auto-explicar (não há nada exterior a ele que o valide). O efeito que o conceito produz no receptor não permite espaço para a controvérsia. Com este intuito aproxima a justiça da própria lei (portanto do direito), já que direito e justiça são, para Aristóteles, um conceito único.

O homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos de justo aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem.⁴¹

⁴¹ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.82.

A felicidade é o objetivo de todas as ações humanas⁴², porque o homem é um ser racional; é fazer o bem, que pressupõe fazer o que é justo, que por sua vez exige o exercício da virtude, o encontro do meio termo, da equidade. “(...) Na justiça estão compreendidas todas as virtudes. E ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo (...).”⁴³

Equidade torna possível a concretização da igualdade, base da concepção aristotélica da justiça, para quem o homem se comportaria de forma ética, justa, virtuosa, boa, porque a felicidade da sociedade (considerando o ensinamento ou treinamento de sua alma) seria seu próprio desejo, ou, considerado o homem na sua singularidade, a sociedade justa é um dos requisitos para sua própria felicidade, seu bem estar, sua vida justa e boa. “A felicidade é, portanto, algo absoluto e auto-suficiente, sendo também a finalidade da ação.”⁴⁴

HOBBS: JUSTIÇA E PAZ

Thomas Hobbes (Inglaterra, 1588-1679) foi o primeiro jusnaturalista da Idade Moderna, mas também foi o precursor do positivismo jurídico e o pioneiro da teoria contratualista, desenvolvida posteriormente por Locke e

⁴² “(...) O sumo bem é claramente algo de absoluto. (...) Chamamos de absoluto e incondicional aquilo que é sempre desejável em si mesmo e nunca no interesse de outra coisa. (...) Ora, esse é o conceito que preeminentemente fazemos da felicidade. É procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa (...).” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 15).

⁴³ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 82.

⁴⁴ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.15.

Rousseau. Nesta condição, defendia a legitimidade do Estado, porque este nasce de um pacto entre os indivíduos na sociedade.

Ele rompe com as concepções teológica, escolástica e aristotélica. O homem deixa de ser criatura para tornar-se criador. O Estado é sua criação. O homem obedece às leis civis por opção, constitui o Estado porque é um ser natural, e a lei natural o obriga a fazer todo o possível para a preservação de sua própria vida.⁴⁵

Igualdade é um conceito fundamental na teoria de Thomas Hobbes como na de Aristóteles, mas em concepção divergente. Enquanto para Aristóteles a igualdade significa eqüidade, Hobbes fala da igualdade enquanto característica material -física- dos homens, que os coloca à mercê uns dos outros, levando a um estado de guerra total e violência. Os homens são iguais em sua constituição. Esta igualdade está materializada, porque não importa quão forte seja um homem, ele sempre terá um momento de descanso, de enfermidade ou fraqueza. Também, não importa que um homem seja mais inteligente, mais veloz, mais astuto, que se una a outros homens com um objetivo comum; sempre haverá um momento de descuido, de vulnerabilidade, em que estará à mercê do inimigo. A igualdade das faculdades físicas e mentais do homem é pressuposto essencial da teoria hobbesiana. Os homens são iguais porque a natureza assim os fez.

⁴⁵ "[Hobbes] é um pensador materialista, tanto quanto se podia ser na época, isto é, um materialista que não se declara ateu, mas que, provavelmente, devia sê-lo. Aprende política com a leitura dos gregos. Detalhe importante: é o primeiro tradutor para a língua inglesa da obra do historiador Tucídides, que tem a reputação de ser o inventor da história racionalista. Hobbes é também filósofo, na linguagem clássica dos aristotélicos. Estuda o ser tal como ele se apresenta, segundo seus diversos níveis." (François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 78).

Em situação de igualdade, o homem não consegue garantir a posse de seus bens, não podendo impedir que um semelhante os roube durante seu sono, ou possa feri-lo ou a sua família e entes queridos. O homem exercita sua liberdade para anular a igualdade natural que o coloca em relação de perigo e incerteza diante dos outros homens.

Hobbes não formula sobre a igualdade natural um juízo de valor positivo; ao contrário, considera a igualdade material dos homens, tal como se verifica no estado de natureza, uma das causas do *bellum omnium contra omnes*, que torna intolerável a permanência naquele estado e obriga os homens a criarem a sociedade civil.⁴⁶

Em consequência de sua igualdade, o homem, em seu estado natural, vive em situação constante de guerra, de luta constante de vida e morte pela sobrevivência para defender-se dos ataques de outros homens, uma luta violenta e sem regras. É uma situação constante de insegurança e estado de alerta, em que um momento de desatenção pode custar-lhe a vida. “... Uma guerra de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida.”⁴⁷ O estado de guerra é, pois, um estado de angústia, causado pela mera possibilidade de guerra.

O homem é movido por paixões, pelo desejo de conquistar o poder, que leva a uma condição natural de guerra que requer um poder controlador e centralizador, capaz de regulamentar as relações entre os homens: a guerra é a

⁴⁶ Norberto Bobbio, *Igualdade e liberdade*, p. 38-9.

⁴⁷ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 75.

ausência de estado civil. A lei é a única forma de impor limites à natureza bélica do homem.

Não há nem amor nem acordo possível entre os homens; estes são naturalmente antissociais e perversos. O estado de natureza é a guerra de todos contra todos. Mas os homens, que consideram que a paz é o maior dos bens, conferem todos os seus direitos a um único soberano. Eles substituem a ordem mecanicista natural por uma ordem mecanicista artificial, que melhor lhes convém: é o Estado. A saudação do Estado identifica-se com a saudação do soberano. A soberania absoluta de um único homem cria um desequilíbrio que assegura a estabilidade. O soberano estabelece as leis e define a justiça, colocando-se acima delas. O bem e o mal dependem das suas decisões; a verdadeira religião é aquela que ele autoriza. Assim, os homens são livres e felizes, porque eles podem agir a bel prazer no quadro das leis. O soberano absoluto não é um tirano arbitrário; o tirano é escravo de suas paixões, enquanto o soberano é libertado delas pelo caráter absoluto de ser poder. Pois as paixões resultam da finitude humana. Em suma, o poder do soberano é legítimo porque absoluto.⁴⁸

Em contraposição às paixões que o conduzem a desejar o poder, outras o conduzem a desejar a paz: “o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo.”⁴⁹

Hobbes constrói uma teoria do homem profundamente original. Para ele, o homem é corpo, materialidade caracterizada pela potência, e, quando escreve em latim, é a palavra *potestas* que ele usa. (...) A partir do pressuposto de

⁴⁸ Em francês, no original: “Il n’y a ni amour ni accord possible entre les hommes; ceux-ci sont naturellement insociables et méchants. L’état de nature, c’est la guerre de tous contre tous. Mais les hommes, qui considèrent que la paix est le plus grand des biens, confèrent tous leurs droits à un Seul souverain. Ils remplacent l’ordre mécaniciste naturel par un ordre mécaniciste artificiel, qui leur convient mieux: c’est l’État. Le salut de l’État d’un seul homme crée un déséquilibre que assure la stabilité. L’État souverain établit les lois et définit la justice, se plaçant ainsi au-dessus d’elles. Le bien et le mal dépendent de ses décisions; la vraie religion est celle qu’il autorise. Ainsi, les hommes sont libres et heureux, puisqu’ils peuvent agir à leur gré dans le cadre des lois. Le souverain absolu n’est pas un tyran arbitraire; le tyran est l’esclave de ses passions, alors que le souverain en est délivré par le caractère absolu de son pouvoir. Car les passions résultent de la finitude humaine. En somme, le pouvoir du souverain est légitime parce qu’absolu.” (Auteurs diversos, *Dictionnaire illustré des philosophes*, p. 132-133).

⁴⁹ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 77.

que o homem pode tudo, descreve o homem em estado de natureza, antes de entrar para a sociedade, ou, se quisermos evitar essa ficção histórica de um homem que existiria fora da sociedade, o homem privado de todos os atributos que lhe são conferidos pela sociedade. Em estado de natureza, o homem é totalmente livre para fazer tudo o que é capaz de fazer. Ora, Hobbes não pode deixar de observar que o estado de natureza é um estado contraditório, já que, se o homem deseja e quer realizar os seus desejos, também quer viver, ter prazer e ser feliz. Mas existe uma contradição entre esses dois dados. Esforçando-se para realizar o seu desejo, o homem entra em luta com outro homem, que deseja a mesma coisa que ele. Assim, a vida em estado de natureza gera uma constante insegurança.⁵⁰

Ainda que movido por paixões, o homem é um ser racional, e sua razão o impele a proteger a própria sobrevivência. O medo da morte é consequência da sensação perpétua de insegurança gerada no estado de natureza, o medo de que o inimigo o ataque durante o sono, o repouso, a incapacidade humana de estar constantemente alerta às armadilhas que podem lhe custar a vida. Nem as noções de justo ou injusto, bem ou mal existem no estado de natureza.

Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça.⁵¹

O conceito de justiça (e injustiça), de bem (e mal) são posteriores ao acordo constitutivo do Estado entre os homens. A única lei natural que subsiste ao pacto é a de obedecer irrestritamente a vontade do soberano, pois é esta a única garantia de vida em sociedade provida de paz e segurança. O fundamento do poder do soberano é a materialização da segurança para os súditos. Prevalecerá a obediência à lei civil sobre a lei natural.

⁵⁰ François Châtelet, *Uma História da razão*, pp. 78-79.

⁵¹ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 77.

O soberano é uma ficção jurídica, mas necessária. Pode ser um único homem, ou um grupo de homens. Representa a heteronomia da norma, a obediência ao outro em nome da segurança pessoal. A esta ficção que dá origem ao nascimento do estado (na concepção moderna), à representação da ordem estatal, Hobbes dá o nome de *Leviatã*.⁵² O Leviatã é uma figura bíblica, um monstro marinho⁵³, descrito no *Livro de Jó*. Originariamente, o Leviatã possui uma conotação positiva: é o monstro que combate a tendência humana à guerra total, à destruição e à violência, presentes no estado de natureza; é a figura capaz de libertar o homem deste estado de natureza, preservando a sociedade civil.

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (...) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito (...).⁵⁴

⁵² O Leviatã é um monstro assim descrito na Bíblia: "O seu corpo é como escudos de bronze fundido, apinhados de escamas que se apertam. Uma está unida à outra, e, juntas entre si, de maneira nenhuma se separarão. O seu espírito é (como o) resplendor de fogo, e os seus olhos, como as pálpebras da aurora. Da sua boca saem umas lâmpadas, como tochas de fogo aceso. Dos seus narizes sai fumo, como duma panela que ferve entre chamas. O seu hálito faz incendiar os carvões, e da sua boca sai uma chama. No seu pescoço está a força, e diante dele vai a fome (ou a devastação). Os membros do seu corpo estão bem unidos entre si; cairão raios sobre ele, e não o farão mover para outro lugar. O seu coração é duro como a pedra, e apertado como a bigorna do ferreiro. Quando se elevar (sobre as águas) temem os anjos, e espantados se purificam (para aplacar o céu). Se alguém o assalta, não valem contra ele, nem espada, nem lança, nem couraça; pois o ferro é para ele como palhas, e o bronze, como pau podre. Não o fará fugir o flecheiro, as pedras da funda se tornarão para ele palhas. Reputará o martelo como uma aresta, e rir-se-á do brandir da lança. Os raios de sol estarão debaixo dele, e andará por cima do ouro como por cima do lodo. Fará ferver o fundo do mar como uma panela, e o tornará como um vaso de perfumes em ebulição. Deixa atrás de si um rasto rutilante, e faz aparecer o abismo (das águas) como um velho. Não há poder sobre a terra que se lhe compare, pois foi feito para não ter medo de nada. Vê (com desprezo) a tudo o que é elevado, ele é o rei de todos os filhos da soberba." (Livro de Jó 41: 6-25).

⁵³ Ainda segundo a Bíblia tem a forma de um crocodilo.

⁵⁴ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 103.

O poder do soberano é ilimitado. A desobediência significa um retorno ao estado de natureza, que seria, para o homem, mais prejudicial, ainda que a lei posta pelo soberano seja injusta. Antes do pacto, nem o conceito de justiça existia. Conclui-se que é o homem que forja seus próprios grilhões. O direito é a liberdade, mas a lei - ou a forma como o direito é materializado - é prisão. Liberdade “é a ausência de oposição (...) impedimentos externos do movimento.”⁵⁵

O Estado, cuja existência justifica-se pelo bem que pode garantir ao homem, tem a prerrogativa de reafirmar-lhe as razões pelas quais o pacto foi celebrado: a segurança e a paz. A. O fundamento do poder do soberano é a capacidade de garantir a segurança e a paz ao súdito porém, em sendo um fundamento, não é forçosamente um limite.

Prevalecerá sempre, para Hobbes, a obediência à lei civil, em detrimento da lei natural. Nada deve ser mais evitado do que o regresso ao estado de natureza, onde não existe bem nem mal, justiça ou injustiça, segurança e paz. O estado de paz é sempre melhor que o estado de guerra, razão pela qual conclui-se que o homem constrói este poder para se preservar de uma morte violenta, e na medida em que aumenta seu grau de responsabilidade na realização da paz, aumenta sua liberdade.

O homem, por mais desejo que tenha de realizar o seu desejo, não pode viver com medo da morte, na insegurança, no combate incessante. Dessa contradição do estado de natureza, vai surgir o estado de sociedade. (...) Tomando consciência do fato de que cada homem deve despojar-se de sua potência em proveito de uma potência soberana, de um ser artificial que ele criou, um deus mortal, um deus na terra. (...) O homem vai, pois, despojar-se

⁵⁵ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 129.

completamente daquilo que é o seu atributo principal para se confiar à decisão dessa potência soberana que ele criou. No contrato assim concebido, as partes contratantes, isto é, os membros da coletividade, renunciam ao seu desejo para deixar o soberano legislar sobre esse desejo.⁵⁶

A partir do reconhecimento da existência do Estado e sua legitimidade, a idéia é descobrir o que se pode fazer para fortalecê-lo. Para explicar o surgimento do Estado, Hobbes recorre à metáfora do estado de natureza. Utiliza-se de um artifício: elimina a sociedade e imagina o homem em estado de natureza. A partir deste momento, enumera as características humanas, entre elas o desejo de poder e violência. Ora, o homem não vive em estado de natureza, vive em sociedade, e imaginar o homem sem sociedade só pode ser considerada uma construção retórica.

Para Hobbes, entretanto, a lei natural não é um artifício. Tendo vivido o estado de natureza, a lei natural se descobre através da revelação. E para evitar o retorno ao estado de natureza o homem abre mão de parte de sua liberdade para concedê-la ao Estado que preserva sua vida, prevenindo a guerra, defendendo numa tomada de decisão consciente, ditada ao homem pela sua própria razão, a paz e a segurança. Assim procedendo, o homem exerce a liberdade de escolha que lhe é inerente. A razão humana dita duas leis naturais.

Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra.

(...) Desta lei fundamental da natureza (...) deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens,

⁵⁶ François Châtelet, *Uma História da razão*, pp. 79-80.

com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.⁵⁷

Estas são a primeira e a segunda leis da natureza, preceitos estabelecidos pela razão. Abdicar de parte de sua liberdade não significa que o homem deixa de ser livre, ou transfere sua liberdade a outro que dela poderia dispor de um grau maior. “... A conseqüência que redundava para um homem da desistência de outro a seu direito é simplesmente uma diminuição equivalente dos impedimentos ao uso de seu próprio direito original.”⁵⁸

A terceira lei da natureza determina “que os homens cumpram os pactos que celebrarem”. A importância desta lei (a última concernente a esta análise, se bem que Hobbes proponha mais de dez leis naturais) é que “nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça.”⁵⁹ Um homem justo é um homem probo e honrado. “O que confere ao homem a virtude da justiça é realizar ações justas. O que presta às ações humanas o sabor da justiça é uma certa nobreza ou coragem (raras vezes encontrada), em virtude da qual se despreza ficar devendo o bem-estar da vida à fraude ou ao desrespeito pelas promessas.”⁶⁰

O conceito de justiça só é possível depois da constituição do Estado, porque é o soberano que indica o que é justo e injusto, o que é bem e mal. Depois de sua celebração, o próprio descumprimento do pacto é uma atitude injusta. A única lei natural que subsiste ao pacto é a que determina obediência irrestrita à vontade do soberano, que é, também, a única condição de garantia de uma vida de

⁵⁷ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 79.

⁵⁸ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 79.

⁵⁹ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 86.

⁶⁰ Thomas Hobbes, *O Leviatã*, p. 89.

paz, e da segurança de evitar uma morte violenta, e que justifica, por parte de cada homem, o sacrifício de uma parcela de sua liberdade.

Toda ação humana voluntária é motivada pelo bem que dela resulta para o próprio sujeito da ação. Abdicar de parcela de sua liberdade significa que cada homem o faz porque deseja que todos os outros abdicuem simultaneamente de uma parcela de sua liberdade em nome de um bem maior, a legitimidade do Estado, que proporcionará a todos, portanto, a si mesmo, maior segurança e proteção contra uma morte violenta.

Hobbes propõe a leitura d' *O Leviatã* aos homens na condição de seres livres, iguais e racionais. É necessário imaginar as próprias sensações como sendo idênticas às de outrem, realizar as sensações do outro como próprias. A partir da conscientização da liberdade alheia e de sua posição de igualdade começa a percepção da necessidade de se preservar a liberdade e igualdade de cada um. O bem fundamental a ser preservado é a vida, e se todas as vidas são iguais, e cada um é capaz de tirar a vida do outro, a sensação de insegurança persiste. O medo nos dirige à razão. Na luta de todos contra todos os homens se unem para preservar a vida.

KANT: JUSTIÇA E LIBERDADE

A terceira matriz teórica de relevância para a compreensão do conceito de justiça, proposta neste trabalho, é a que associa a idéia de justiça à de liberdade. O autor que orienta sua obra e concepção neste sentido é Immanuel Kant (Alemanha, 1724-1804).

Ele nasceu na cidade de Königsberg, na extinta Prússia, numa família extremamente humilde. Tinha uma visão surpreendentemente cosmopolita para um professor que nunca foi além dos limites da cidade onde nasceu, cresceu, estudou, tornou-se professor e recebeu reconhecimento acadêmico. Tornou-se catedrático da Universidade de Königsberg onde lecionou, por muitos anos geografia-cosmopologia e depois filosofia.⁶¹ Sua contribuição mais relevante ao universo jurídico foi a construção de uma matriz teórica jurídica que associa os conceitos de justiça e de liberdade, dando ao direito uma nova dimensão, propondo-lhe um novo paradigma e ampliando-lhe a compreensão. "...A obediência à lei moral, não sendo de maneira alguma determinada, mas sim um efeito de nossa vontade, implica a existência, em nós, de uma faculdade a que o filósofo dedicou longos estudos: a liberdade."⁶²

Se Aristóteles deriva o agir ético da virtude, que a ser desenvolvida no homem, desde a infância, através do hábito. O que para Aristóteles é produto de uma prática reiterada, para Kant é dedução metafísica.

O objetivo da ação humana na teoria aristotélica é a construção da felicidade, que também é um elemento presente na teoria kantiana, mas não como

⁶¹ Algumas curiosidades sobre Immanuel Kant, o homem: "Um estranho personagem, que ao mesmo tempo assusta e faz sonhar. Tornou-se tardiamente professor de filosofia. Antes ensinava geografia-cosmopologia. Sua primeira obra é tardia. Tinha 57 anos quando publicou a *Crítica da razão pura*. Morreu com 80 anos. Nunca deixou Königsberg, exceto uma vez, conforme se diz, quando atravessou a ponte para ir ao encontro do correio que trazia notícias da Revolução Francesa. Era um homem severo. Não se casou. Não se sabe se teve aventuras amorosas. Diz a lenda que mandava podar cuidadosamente as árvores do seu jardim para evitar que o ruído e a visão das folhas o incomodassem quando, no verão, trabalhava com as janelas abertas. A lenda diz ainda que era um grande bebedor de cerveja e aguardente, na companhia dos intelectuais do lugar, o farmacêutico, o médico, o advogado, o tabelião..." (François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 102).

⁶² Julien Benda, *O Pensamento vivo de Kant*, p. 37.

um fim: ela é parte integrante da racionalidade humana. O conceito mais elementar da doutrina kantiana para a compreensão da justiça é o de liberdade.

Para Kant, a submissão à lei não pressupõe um querer, mas um dever. O motor da ação que impulsiona o homem a agir desta ou daquela maneira seria, então, uma convicção interna e inabalável em relação -não à correção do ato ou ao desejo de agir de uma determinada forma- mas ao dever de agir que pode também representar a materialização do raciocínio segundo o qual é melhor, para tornar possível a vida em sociedade, agir de uma determinada maneira em detrimento de outra, ainda que o desejo de agir penda em outra direção: o desejo deve ser subjugado pela razão.

O homem é um ser racional, ele é livre porque é dotado de razão. A razão é o motor de toda ação humana e, porque é livre, o homem pode fazer a opção de respeitar a liberdade do outro, o que é uma maneira de respeitar sua própria liberdade, já que os homens são iguais. O princípio da igualdade é imposto pela liberdade individual. Os homens são livres porque todos eles são iguais. Assim é possível a vida em sociedade. A razão e a liberdade conduzem o homem a agir conforme a lei.

Só pode ser o princípio de igualdade apreciado na balança da justiça, com inclinação equilibrada. Por conseguinte, o mal imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo: se o desonras, desonras a ti mesmo; se o roubas, roubas a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas ou matas a ti mesmo.⁶³

Na descrição da ética deontica, o dilema mais difícil que Kant enfrenta é o de encontrar um meio termo entre liberdade e obediência, e propõe: “dever de

⁶³ Immanuel Kant, *Doutrina do direito*, p. 177.

obediência absoluta com relação às ações, direito de liberdade com relação aos pensamentos.”⁶⁴ Ou seja:

Kant é muito firme em afirmar a obrigação absoluta de obedecer à lei e em negar todo e qualquer direito de resistência (...). Se uma lei é pública, diz ele, é irrepreensível, ou seja, conforme o direito, é também irresistível, já que a resistência a ela teria lugar segundo uma máxima que, universalizada, destruiria qualquer constituição civil(...). Mas a obediência não exclui a crítica: e, portanto, o que é seu pressuposto, a liberdade de opinião e de expressão.⁶⁵

A obediência, que deriva essencialmente da razão, é abordada na doutrina do direito e a liberdade -seu complemento mais que sua antítese- é objeto do estudo tanto da teoria moral quanto da teoria jurídica. Ainda que analisadas em obras separadas, teorias jurídica e moral fazem parte do todo da obra kantiana. A compreensão do conceito de liberdade e de sua relevância na realização da justiça é imprescindível para a construção da teoria do direito. Trata-se do direito justo, e a justiça só existe se a liberdade do indivíduo é preservada e, portanto, se a obediência à lei for resultado de uma escolha deliberada, um ato consciente e não impositivo. O que não significa que a lei seja obedecida por concordância quanto ao seu conteúdo, ou por adesão subjetiva ou moral.

A doutrina jurídica de Kant está intimamente relacionada com sua doutrina moral porque, ainda que seja inescusável a ação humana que não esteja em conformidade com a lei positiva, ele defende a supremacia do direito natural sobre o direito positivo. Uma vez positivado o direito, porém, a lei deve ser obedecida por todos. “O direito natural no estado de uma constituição civil (isto é,

⁶⁴ Norberto Bobbio, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, p. 83.

⁶⁵ Norberto Bobbio, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, pp. 83-84.

o que pode ser derivado dos princípios a priori em favor dessa constituição) não pode sofrer ataque por parte das leis positivas; (...) porque uma constituição civil é tão-somente o estado de direito que assegura a cada um o seu (...).”⁶⁶

A lei é composta de duas partes. A parte objetiva é o dever e sua parte subjetiva o motivo. “A lei representa a ação como um dever; (...). O motivo relaciona a obrigação de agir de tal maneira como o princípio determinante do arbítrio em geral do sujeito.”⁶⁷ O *arbítrio* faz parte da vontade e pode ser determinado pelo motivo, ou seja, subjetivamente. Determina os impulsos, faculta ao homem agir desta ou daquela maneira. “É a noção negativa de liberdade.”⁶⁸ O arbítrio é a materialização da vontade, identificada com a razão. Será a expressão da liberdade se for espontâneo (não o resultado de uma coação), e estiver submetido às leis da razão (vontade). O arbítrio não é determinado por uma lei natural. Quando decorre da razão determina o ato livre, mas pode ser afetado por impulsos. “O arbítrio não é (...) uma capacidade de escolher entre cumprir a lei moral ou contrariá-la, mas a capacidade de determinar-se pela lei moral fazendo dela a sua máxima, entendido, contudo, que nem toda máxima tem como motivo a lei moral.”⁶⁹

Por estar sujeito aos estímulos e impulsos sem ser por eles condicionado, é que o arbítrio humano é livre e representa o conceito negativo de liberdade por equivaler à espontaneidade (em oposição à autonomia).

⁶⁶ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, pp. 77-78.

⁶⁷ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 30.

⁶⁸ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 22.

⁶⁹ Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de justiça em Kant*, p. 247.

O motivo, por sua vez, é o elemento determinante da diferença entre a legislação moral e a legislação jurídica. “A legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a legislação moral. No entanto, aquela que não faz entrar o motivo na lei, que, conseqüentemente, permite outro motivo à idéia do próprio dever, é a legislação jurídica.”⁷⁰ A obediência à lei moral independe de um motivo. Já obediência à lei jurídica é motivada. O ser humano, dotado de liberdade, é dotado de razão. Razão e liberdade são os dois elementos condicionantes da ação conforme a lei. A lei moral é uma lei absoluta imposta ao homem por ele mesmo porque não está condicionada a nenhum motivo: o homem é um ser racional e livre e através destes atributos pode obedecer à lei que sua própria razão lhe impõe.

A lei moral não é um dado empírico deduzido de um postulado anterior. É um juízo sintético derivado da razão, um elemento *a priori* e, portanto, conseqüência imediata da razão que, no homem, é legisladora, porque ele é racional.

A teoria dos costumes é uma construção derivada da metafísica. Somente a partir do momento em que estejam esclarecidas as origens metafísicas da teoria dos costumes é que ela deve ser difundida por meio da popularidade. Mas seria absurdo querer descer à popularidade na primeira investigação, da qual depende toda a exatidão dos princípios que, se não estiverem claros, inviabilizam um resultado efetivo de aplicação prática.

(...)A noção positiva de liberdade (...) é a base das leis práticas absolutas que se chamam morais. E essas leis – com respeito a nós, cujo arbítrio afetado

⁷⁰ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 30.

pela sensibilidade não caminhe por isso mesmo sempre espontaneamente conforme a vontade pura, mas que ao contrário está muitas vezes em oposição a ela – são imperativos (ordem de fazer ou de não fazer) e mesmo imperativos categóricos (...).⁷¹

O conceito de imperativo⁷² está presente tanto n'*A Doutrina do direito* (texto que discursa sobre a teoria jurídica), quanto n'*A Fundamentação da metafísica dos costumes* (onde discursa sobre a teoria moral). Isto significa que o conceito de imperativo é imprescindível tanto do ponto de vista jurídico quanto do ponto de vista moral.

Kant define imperativo como “uma regra prática, em virtude da qual uma ação em si mesma contingente se converte em necessária.”⁷³ É a observância do imperativo que condiciona a obediência. E a definição de imperativo é a chave para a compreensão da harmonia da aparente dicotomia entre liberdade e obediência. “A obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão.”⁷⁴

O imperativo é, pois, uma regra cuja representação torna necessária a ação subjetivamente contingente e representa o sujeito no dever de se colocar necessariamente em harmonia e com essa regra. O imperativo categórico (absoluto) é o que pensa e impõe necessariamente a ação, não de certo modo, mediadamente pela representação de um fim que se poderia atingir por ela, mas sim imediatamente e como objetivamente necessária, pela simples representação dessa própria ação (de sua forma).⁷⁵

A lei moral não é um imperativo em si, porque não traduz um comando. Esta lei é da ordem do *dever ser* e o imperativo somente se manifestará

⁷¹ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 34.

⁷² “Este entende por imperativo a expressão lingüística de um mandamento.” (Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 18).

⁷³ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 35.

⁷⁴ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 35.

⁷⁵ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 36.

na esfera do *ser*. A lei moral transforma-se em imperativo através da racionalidade humana que orientará as ações igualmente humanas no mundo sensível. O imperativo é a materialização -no plano do *ser*- de um princípio existente *a priori* -no mundo do *dever ser*.⁷⁶

O conceito de imperativo só pode ser absorvido a partir da compreensão de que a razão humana não é pura. Ainda que seja um ser racional o homem está sujeito a seus impulsos e paixões.⁷⁷ Isto não quer dizer que age estritamente condicionado por eles. O fato de ser o homem capaz de controlar sua vontade, de acordo com sua razão e apesar de seus impulsos, é que faz dele um ser livre. “Livre é a ação que decorre exclusivamente da razão, na medida em que não é perturbada pelos sentidos.”⁷⁸

O direito não pode ficar reduzido à moral, cuja lei não depende exclusivamente da razão. A obediência à lei jurídica é imprescindível, mesmo que o motivo de sua obediência contrarie a vontade subjetiva. Neste caso a razão funciona no sentido de compreender a necessidade da obediência para que seja

⁷⁶ Sobre os imperativos categórico e hipotético discorre Hans Kelsen: “... Um imperativo hipotético é aquele que ordena uma determinada ação ou omissão como meio para um fim; um imperativo categórico é aquele que ordena uma determinada ação ou omissão como fim e não como um meio para um fim. Ambos os imperativos manifestam um dever-ser; e uma ação ou omissão é boa se ela é, então, imposta categoricamente ou hipoteticamente como fim ou como meio para um fim. Na primeira hipótese, ela é boa por si; na segunda hipótese, ela é boa para outra coisa.” (Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 19).

⁷⁷ “... O homem pode escolher. Pode escolher entre ser livre e ser determinado. Exatamente como uma pedra que rola ladeira abaixo é determinada, ou uma folha levada pelo vento. Ele está submetido ao determinismo, como o resto da natureza, mas diz-nos Kant, está na natureza *inteligível do homem poder, por uma decisão, evadir-se dessa determinação, constituir-se como* sujeito livre, recusar a paixão e querer somente a realização da lei moral, isto é, da universalidade. Assim, o homem, que é paixão, pode querer-se vontade. Pode querer-se portador do universal. Pode querer-se (...) legislador e sujeito em um reino de finalidades tornadas possíveis pela autonomia da vontade. Ele também pode aceitar a determinação.” (François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 101).

⁷⁸ Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de justiça em Kant*, p. 235.

garantida a sobrevivência da sociedade. A razão incita à obediência das leis postas pelo Estado a todos os integrantes da sociedade civil.

Kant defende a necessidade da formação do Estado para que o homem saia do estado natural e componha um estado jurídico em que todos os homens obedecem à lei porque este é um postulado que alcançam pelo fato de serem racionais. A defesa do contrato social não anula seu perfil de liberal filosófico.⁷⁹ A formação do Estado é necessária porque o homem “abusa certamente de sua liberdade em relação aos outros semelhantes; e embora, como criatura racional, deseje uma lei que ponha limites à liberdade de todos, a sua animal tendência egoísta desencaminha-o, no entanto, onde ele tem que renunciar a si mesmo.”⁸⁰

O Estado existe, então, para assegurar ao indivíduo sua liberdade, não para confiná-lo. Sua função fundamental é estabelecer o equilíbrio do uso da liberdade externa de cada indivíduo dentro da sociedade. “A lei de uma obrigação mútua que se conforma necessariamente com a liberdade de todos, sob o princípio da liberdade geral, é de certo modo a construção de uma noção do direito, isto é, sua exposição numa intuição pura a priori”⁸¹.

Somente em virtude da obediência à lei pelo Estado positivada o homem alcança a plena defesa de sua liberdade. A liberdade de pensamento de cada homem, condicionada à sua razão, conduz a sociedade a viver sob o império do direito e da justiça. “O estado não jurídico, isto é, aquele em que não há

⁷⁹ “Kant adota uma concepção liberal do Estado, aproximando-se portanto mais de Locke do que de Rousseau quanto ao conteúdo do contrato originário, apesar de aproximar-se mais do segundo quanto a sua fórmula. A aproximação da questão contratualista é feita, no escrito sobre a Paz Perpétua, em termos constitucionais ao defender a autonomia dos três poderes num sistema federalista.” (Nythamar Fernandes de Oliveira, *Kant Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça*, pp. 176-177).

⁸⁰ Immanuel Kant, *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, p.28

⁸¹ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 48.

nenhuma justiça distributiva, é chamado de estado natural (*status naturalis*). A este estado se opõe (...) o estado civil (*status civilis*), submetido à justiça distributiva.⁸² Através da ação do Estado ocorre a materialização do direito.⁸³ O fundamento do direito em Kant é a *justiça*, e a justiça existe somente enquanto for preservada a liberdade.

Justa é somente a ação, sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos. A liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa senão na liberdade.

(...) Agir justamente é agir em consideração à liberdade do outro, segundo um princípio de igual limitação do arbítrio de cada um, como garantia de igual liberdade para todos.⁸⁴

São três os princípios determinantes da justiça para Kant: universalidade, igualdade e reciprocidade. O primeiro está relacionado com o imperativo categórico segundo o qual as ações humanas devem ser realizadas sempre no sentido que se tornarem leis universais. A igualdade entre os homens está concretizada na igual porção de liberdade que cada homem possui, a garantia de ter sua liberdade respeitada, a obrigação de respeitar a liberdade do outro. O

⁸² Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 144.

⁸³ "De acordo com o modelo jusnaturalista moderno –identificado pela dicotomia entre o estado de natureza e a sociedade civil–, a abordagem kantiana da justiça começa justamente na avaliação do *status naturae* como um estado marcado pela injustiça. Kant deixa claro que nem a experiência (*Erfahrung*) nem qualquer fato (*Faktum*) –no sentido de fato empírico– ensinaram à humanidade a necessidade de abandonar uma convivência entre indivíduos caracterizada pela insegurança e violência generalizadas. Ao contrário, reside de forma a priori na idéia racional de um tal estado de natureza a necessidade de abandoná-lo, haja visto a injustiça que o essencialmente qualifica, porque não há uma instância legitimamente reconhecida acima das partes, capaz de exercer a justiça distributiva (*austeilende Gerechtigkeit*), assegurando a cada indivíduo o que lhe pertence de direito, contra possíveis agressões de outros indivíduos." (Leonardo Alves Vieira, *Direito e justiça em Kant e Schelling: uma controvérsia paradigmática*, pp. 179-180).

⁸⁴ Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de justiça em Kant*, p. 253.

último princípio é a certeza de que a cada dever corresponde um direito, para si mesmo e para todos os homens que vivem as relações sociais.⁸⁵

A justiça, a qual em primeiro lugar, obriga o ser humano a abandonar o estado de natureza e, em segundo lugar, a construir uma sociedade política pautada nos critérios da universalidade, igualdade e reciprocidade, exige, em terceiro lugar, a universalização histórico-mundial do contrato originário, de tal forma que ele é necessariamente cosmopolita.⁸⁶

Os conceitos de direito, justiça e liberdade se fundem na máxima kantiana do *princípio universal do direito*, segundo a qual: “É justa toda a 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.”⁸⁷ A universalidade é a característica fundamental da lei moral. A sujeição do homem a esta lei é a prova material da liberdade humana, do uso de sua racionalidade: sua opção pela lei moral é a escolha pela liberdade do próximo e, em consequência, pela sua própria liberdade. Somente através da lei moral é possível entender a liberdade.

A diferença essencial entre a ética clássica e a ética kantiana está no conceito de liberdade como autonomia; para Kant, o bem que obriga não é algo que está fora da vontade, mas é a **própria vontade que é boa em si mesma**. A

⁸⁵ “...A justiça a ser promovida pelo aparato jurídico está, portanto, apoiada em três pilares: a) universalidade das ações, no sentido daquelas ações que se capacitam para uma convivência com outras ações, já que tais ações se coadunam com a lei universal da liberdade; b) uma inata igualdade no uso do arbítrio, pois todos, em virtude de sua humanidade, têm o direito de exercê-lo; c) reciprocidade, na medida em que o Direito (...) pode ser entendido como coação recíproca, tendo em vista assegurar o livre uso do arbítrio no espaço que lhe é legítimo”. (Leonardo Alves Vieira, *Direito e justiça em Kant e Schelling: uma controvérsia paradigmática*, p. 179).

⁸⁶ Leonardo Alves Vieira, *Direito e justiça em Kant e Schelling: uma controvérsia paradigmática*, p. 181.

⁸⁷ Immanuel Kant, *A Doutrina do direito*, p. 46.

autonomia da vontade, na medida em que ela ganha universalidade pela racionalidade, é o que caracteriza a ética kantiana.⁸⁸ (sem grifo no original)

A ação não está exclusivamente fundamentada na observação empírica da maneira de agir humana. É impossível determinar, com a mais absoluta certeza -tendo como base única a experiência- um só caso em que a máxima de uma ação, conformada em tudo ao dever, tenha sido derivada dos fundamentos morais ou da representação do dever que correspondem aos deveres e costumes sociais. Independentemente do exame a que seja submetida uma ação qualquer, não se pode afirmar, de forma definitiva, que ela tenha sido resultado da observância do dever, nem concluir seguramente que a causa determinante da vontade não tenha sido um impulso egoísta. Quando está em questão a análise de um valor moral, ou de uma ação movida por este tipo de valor, não é a ação em si que está em jogo, mas seus princípios determinantes invisíveis, indedutíveis, a idéia relevante para compreender o móvel da ação. Estes princípios constroem a lei da vontade, que Kant denomina autonomia.

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei –independentemente de como forem constituídos os objetos do querer– o princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.⁸⁹

O conceito de igualdade em Kant está diretamente relacionado com o de *autonomia*. A autonomia da vontade, a discricionariedade absoluta do homem em relação a seus próprios atos, além de defini-lo como um ser livre define a

⁸⁸ Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de justiça em Kant*, p. 249-250.

⁸⁹ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 70.

igualdade do homem em relação ao próximo.⁹⁰ O homem é um fim em si mesmo, não um meio para alcançar determinado fim, princípio que vale para todos.

Uma vez considerado como fim em si mesmo, o ser racional deverá ter em conta, sempre, que o outro ser racional é também livre e deve ser tratado como fim em si mesmo (pessoa) e nunca como meio (coisa). Em razão disso, o imperativo categórico será formulado de modo a criar o liame necessário entre a ética como moral do indivíduo e a política ou o direito (...).⁹¹

O conceito kantiano do dever é necessidade prática incondicionada da ação. É válido e aplicável a todos os seres racionais (únicos sujeitos a imperativos), e às leis que condicionam todas as vontades humanas. Não é um conceito subjetivo, é um princípio objetivo que obriga a agir de determinada forma, ainda quando a inclinação subjetiva, o desejo, as paixões, e a tendência mais espontânea conduzam a ação em sentido oposto.

Não importa que nunca antes tivessem sido verificadas, empiricamente, ações fundamentadas nestas fontes puras (o dever, a razão), porque não se trata aqui de analisar os acontecimentos, mas de compreender que a razão, por si mesma e independentemente de qualquer fenômeno, é o comando do que deve ser –um imperativo. Este dever reside, enquanto dever geral, antes de

⁹⁰ "... A coação externa desempenha o papel de um contrapeso ou equivalente jurídico daquilo que a autocoação representa ao nível da legislação ética. Levando-se em conta o fato de que o Direito tematizado por Kant faculta a um indivíduo exercer a coação sobre outro, o sistema jurídico pode também ser interpretado de acordo com uma chave causal-mecânica, no sentido da ação e reação que os indivíduos em consonância com a lei universal da liberdade. Em virtude disto, no entanto, o Direito não é arrastado para fora da filosofia prática, nem, por assim dizer, 'desconectado' da dimensão moral, já que ele, na medida em que nega aquilo que, por sua vez, nega a liberdade legal ou a liberdade intersubjetiva institucionalizada por leis universais da liberdade, é a própria liberdade no uso externo do arbítrio." (Leonardo Alves Vieira, *Direito e justiça em Kant e Schelling: uma controvérsia paradigmática*, p. 179).

⁹¹ Joaquim Carlos Salgado, *A Idéia de justiça em Kant*, p. 252.

qualquer experiência, na idéia de uma razão que determina a vontade por fundamentos *a priori*.

Quando, num ser, a razão determina infalivelmente a vontade, as ações deste ser, que são reconhecidas objetivamente necessárias também subjetivamente; quer dizer que então a vontade é uma faculdade de escolher somente aquilo que a razão, independentemente de toda inclinação, reconhece como praticamente necessário, isto é, como bom.⁹²

Já a vontade é a faculdade de agir, inerente ao homem, determinada pela razão, de forma a criar obstáculos ao domínio das paixões. Então, no momento em que nenhuma paixão manifestar-se conforme o *dever*, a vontade apontará um objeto racional como o único possível para a ação determinada pela razão. *Vontade*, deste modo, pode ser compreendida como a faculdade de auto-impor *leis* e segui-las por dever. Sob este aspecto a moralidade deve ser compreendida como a autonomia da razão. Não existe determinação natural do agir humano. A ação humana não é determinada por um processo natural.

O homem existe como *fim em si mesmo, não só como meio* para a realização de uma vontade qualquer. Possui a consciência de serem suas ações dirigidas ao outro, considerado sempre *como fim*, nunca como meio. Os seres cuja existência não assenta em sua própria vontade, mas na “vontade” da natureza, são irracionais. Estes possuem um valor meramente relativo, como meros meios que são, e têm natureza de *coisas*.

Os *imperativos* são comandos que determinam a vontade, expressos como um *dever ser*, demonstrando a relação entre uma lei objetiva da razão e a

⁹² Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 74.

vontade que, por sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada por esta suposta lei (que corresponde a uma constrição). Uma ação assim condicionada jamais estará em conflito com qualquer ação conforme a lei, porque o *dever ser* não possui significado relevante quando o *querer* coincide necessariamente com a lei.

Para Kant o *dever* corresponde ao *querer* já, sendo o homem um ser racional, e sendo evidente que o raciocínio lógico de um ser racional só pode levar à conclusão de que a melhor maneira de viver para um homem, é em sociedade, então a ação humana está condicionada às leis que vão viabilizar a sociabilidade e o *dever* de agir segundo estas leis materializa o próprio *querer*, que resulta da racionalização das causas e conseqüências da vida em sociedade. “Na verdade, Kant dizia que, juntamente com o céu estrelado, a consciência moral era uma das duas coisas que o deixavam maravilhado.”⁹³

Um imperativo é *categórico* quando representa a ação boa em si, em sentido absoluto, o dever pelo dever, o comando que deve ser cumprido incondicionalmente. Os imperativos categóricos representam uma ação necessária por si mesma. É, por definição o “imperativo da moralidade”. A ação é representada como necessária na vontade conforme, nela mesma, com a razão. A ação é objetivamente necessária.

O imperativo categórico é, pois, único, e é como segue: age só, segundo uma máxima tal, que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal.

⁹³ Norberto Bobbio, *A Era dos direitos*, p. 54.

(...) O imperativo universal do dever pode formular-se assim: **age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.**⁹⁴

O imperativo categórico é o único que pode ser expresso através de uma lei prática. Os outros imperativos podem ser denominados *princípios*, mas não são *leis* da vontade. Sendo representado por uma lei, o imperativo categórico é um postulado prático.

O imperativo é *hipotético*, por outro lado, se a ação puder ser considerada boa em relação a um interesse específico, ou praticada por medo da sanção que dela possa resultar. Neste caso o cumprimento da ação está condicionado ao benefício que se pode obter a partir de sua obediência, ou o prejuízo que resulta de sua violação. A ação é considerada boa somente enquanto meio de alcançar um propósito, ou seja:

Toda lei prática representa uma ação possível como boa e, portanto, como necessária para um sujeito capaz de determinar-se praticamente pela razão. Resulta, pois, que todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação, que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa em modo determinado. Ainda bem: se a ação é boa só como meio **para alguma coisa**, então é o imperativo **hipotético**.

(...) O imperativo hipotético diz somente que a ação é boa para algum propósito possível ou real.⁹⁵

A moralidade consiste no relacionamento de toda ação com a legislação, que viabiliza, por sua vez, um reino dos fins. Esta legislação deve estar presente, fazer parte do universo de todo ser racional, originando-se em sua vontade que deve estar fundamentada no princípio de não agir por outra máxima

⁹⁴ Immanuel Kant, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, p. 70-71.

⁹⁵ Immanuel Kant, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, p. 63-64.

que não seja a de transformar sua ação em lei universalmente válida, ou seja, que a vontade subjetiva, através da ação, possa ser considerada universalmente legisladora. Se as máximas não são -por sua natureza peculiar- concordantes com esse princípio objetivo dos seres racionais universalmente legisladores, então a necessidade da ação, segundo este mesmo princípio, denomina-se constrição prática, isto é, *dever*.

O imperativo moral, deduzido *a priori*, é formulado por Kant de três maneiras diferentes:

(1) procede como se a máxima da tua ação devesse ser erigida, por tua vontade, em lei universal da natureza; (2) procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio; (3) age com a idéia de tua vontade considerada como legisladora universal.⁹⁶

As leis morais são fundamentos metafísicos porque são pressupostos determinados anteriormente a qualquer experiência *-a priori*, toda ação passível de reconhecimento empírico. Se fosse de outro modo, a fundamentação da lei na moral não poderia ser considerada uma necessidade, senão mera possibilidade. As leis são racionais porque, se por um lado devem ser trazidas ao conhecimento através do exercício da razão, por outro são leis humanas, atribuídas ao homem, enquanto ser dotado de racionalidade. São o resultado de uma operação racional porque não traduzem, necessariamente, a vontade humana (as paixões, os desejos), são visualizadas através das ações humanas, razão pela qual são traduzidas em forma de imperativos.

⁹⁶ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 15. Na introdução de Antônio P. de Carvalho.

A lei moral deve ter um valor em si mesma, razão pela qual o bem não pode ser o valor determinante da moral. A lei moral é a lei da vontade racional, da operação humana que leva à dedução da moral como valor absoluto, como pressuposto. A vontade, encontrada neste raciocínio, é autônoma (infere sua própria lei a si mesma), e, se confere a si sua própria lei, é uma vontade livre. E a liberdade é o primeiro princípio da razão prática, o primeiro fundamento da moral. A liberdade é uma condição *sine qua non* para uma vida moral.

Em relação a Aristóteles, Kant introduz mais um elemento de racionalidade no sujeito. Permanece a idéia de que o ser humano é movido por paixões, mas suas ações serão determinadas pela razão. O homem é ser racional por natureza, é seu dever portar-se de acordo com a racionalidade que lhe é inerente, e por isto espera-se que faça uso de sua racionalidade e aja como um ser racional deve agir. As paixões existem, mas o homem é capaz de subjugá-las. Eis porque

Kant merece todo o aplauso por sua oposição aos sistemas de moral baseados no interesse pessoal. Por elevado que seja o interesse, o homem, enquanto permanece encerrado em si mesmo, não se ergue ao nível da moralidade; procederá como um homem sensato, nunca como homem de dever ou de bem. Só é moralmente bom o comportamento que nos leva para algo que nos ultrapassa. Portanto, é muito verdade que uma moral bem compreendida não nos fixa na consideração de uma felicidade que devemos alcançar: o que ela nos propõe é um ideal, que devemos procurar realizar.⁹⁷

Resumindo, Kant defende a idéia de que o homem é um ser racional, e de que esta racionalidade confere a liberdade que lhe é peculiar. A defesa da

⁹⁷Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p.36. Na introdução de Antônio P. de Carvalho.

liberdade é o fundamento inoponível da justiça que será materializada no direito, criado pelo Estado.

O pensamento de Kant distingue-se do de Aristóteles na medida em que, para ele, a ética não está ligada à felicidade –idéia de bem– a busca voluntária do indivíduo pela felicidade, mas ao dever. É indiferente que a ação seja boa em si, ou que seja boa em relação a determinado objetivo: o homem deve comportar-se de maneira racional, nunca usar o semelhante como meio. Todo homem é livre, como o seu semelhante e sempre um fim em si mesmo.

CAPÍTULO 2: DIREITO E NORMA

... Eliminar uma ideologia legitimadora é extremamente difícil, não apenas por motivos epistemológicos, mas também por motivos políticos; o anseio por uma fundamentação absoluta da ordem social conhecida é tão poderoso que mesmo a chamada teoria jurídica e política positivista dos séculos XIX e XX nunca renunciou completamente a ela, estando, portanto, às vezes completamente impregnada, embora de maneira não confessada, com elementos jusnaturalistas. (...) O eterno movimento ondulatório do espírito humano, que o leva da auto-humilhação ou auto-exaltação à eliminação do eu, do pessimismo ou otimismo ao ideal da objetividade, da metafísica à crítica do conhecimento e de volta, parece ter sido acelerado pela experiência avassaladora da Grande Guerra. Uma filosofia antimetafísica, científico-crítica, que tem a objetividade como ideal, como é o caso do positivismo jurídico, parece prosperar apenas em tempos relativamente calmos, em períodos de equilíbrio social.

Hans Kelsen, Teoria geral do Direito e do Estado

2.1. Considerações preliminares

À concepção de que o direito é um ideal de justiça inerente à natureza humana opõe-se a concepção de que o direito é o conjunto de leis materializadas na forma escrita, declaradas pela autoridade competente para fazê-lo. Esta concepção denomina-se positivismo e tem como premissa a redução do direito ao direito escrito, à lei,⁹⁸ enquanto a relação entre direito e justiça fundamenta-se no conteúdo de um e de outro, ou seja, prioriza o aspecto material; a relação entre direito e norma está estabelecida no aspecto formal, destacando a forma em detrimento do conteúdo.

A distinção entre a idéia de direito relacionada à justiça e a idéia que aproxima o conceito de direito do de lei está presente no pensamento filosófico-jurídico desde a Idade Antiga. O próprio Aristóteles distingue entre justiça natural e justiça legal. “...Natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida.”⁹⁹

O direito natural (a justiça natural) era concebido como um conjunto de princípios universais, leis da natureza ou divinas, invariáveis portanto no tempo e no espaço, presente onde quer que o homem estivesse. A idéia de justiça faz parte do homem, que é dotado de razão, de discernimento (*aidós*); é uma característica de sua própria natureza. O direito positivo (a justiça legal) é o conjunto da produção legislativa proveniente do órgão legitimado para esta tarefa,

⁹⁸BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

⁹⁹Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p.91. Cf. *supra*.

considerado um determinado Estado, condicionado aos costumes, valores culturais, políticos e econômicos de um agrupamento social, e, conseqüentemente, variável.

As teorias positivistas ganham refinamento na medida em que progride o estudo da lei, e multiplicam-se os teóricos que defendem a vigência da lei como a materialização do direito. A concepção aristotélica originária dos conceitos de justiça natural e justiça legal continua em vigor. Esta distinção é a base da distinção contemporânea entre direito natural (inerente à natureza humana) e direito positivo (posto ou positivado por um órgão com poderes legislativos).

O primeiro jusnaturalista moderno, Thomas Hobbes, é também o primeiro teórico do juspositivismo. O jusnaturalismo impõe um sujeito que transcende as circunstâncias e adota o ponto de observação da razão. Hobbes é precursor desta pretensão universalista, fazendo a defesa da desconsideração do particularismo. Seu objetivo é imaginar os homens antes de sua vida em sociedade ou sem ela. Elimina a sociedade e imagina o homem em *estado de natureza*, prosseguindo, a partir deste artifício, na enumeração das características humanas.¹⁰⁰

¹⁰⁰ A discussão tradicional da filosofia política é travada entre os comunitaristas -que não visualizam os homens senão em sociedade- e os individualistas -que defendem a autonomia humana e a posterior formação da sociedade. A pergunta que se coloca é se os homens possuem características anteriores à interação social; se possuem atributos no estado de natureza, que possam caracterizá-lo enquanto indivíduo ou se existem enquanto homens somente quanto analisados no contexto social. O paradigma jusnaturalista do século XVII possui como premissa a desconsideração dos fatos econômicos, políticos, sociais, e a compreensão do homem isolado do seu contexto social e histórico. Propõe uma simulação da sociedade humana sem direito, sem convenções, sem leis, a definição de um indivíduo pré-social.

Segundo Hobbes, somente a partir da idéia de estado de natureza é possível entender o homem da mesma maneira que somente a partir da lei natural é possível compreender a sociedade. A passagem da vida no estado de natureza para a vida sob a tutela da lei natural depende da razão, atributo inerente a todos os homens. Porque é dotado de razão e, portanto, compreende que o estado de natureza é um estado de escassez e violência e que o bem absoluto a ser perseguido é a preservação da vida, o homem decide sair deste estado rudimentar e viver em sociedade, obedecendo a regras sociais impostas por um órgão por ele criado para esta finalidade: o Estado, o *Leviatã*.

Para evitar a luta de todos contra todos que caracteriza o estado de natureza, os homens se unem pela preservação da vida. *O medo leva à razão.*¹⁰¹ Para Hobbes, o governo é a correção do estado de natureza, onde os homens estão em constante estado de guerra, de luta por sua sobrevivência.

Hobbes é um dos primeiros teóricos do Estado Moderno, o primeiro dos autores contratualistas. No contexto em que escreveu sua obra, a burguesia substituía gradualmente os senhores feudais e financiava os reis para obter a centralização do poder. Concentrado o poder nas mãos de um soberano, a unificação legislativa, elemento essencial ao desenvolvimento do comércio e circulação de mercadorias através dos territórios, anteriormente divididos em feudos, estava garantida. A defesa do Estado incorpora, então, a defesa da liberdade de ir e vir, do fim da vassalagem e é um passo em direção a uma

¹⁰¹ Sobre esta expressão: RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

organização política menos caótica. A centralização do poder na figura do soberano e a instituição do Estado são os temas centrais da teoria hobbesiana.¹⁰²

O século XVIII é marcado pelo Iluminismo, cuja concepção de mundo marca a obra de Kant. O monopólio eclesiástico da cultura e do saber ficou esquecido na Idade Média. A filosofia da nova era defende a autonomia humana.

No início do período moderno, a dissolução da ordem social, a contestação do poder temporal da Igreja e o combate à monarquia absoluta e ao estado centralizado, surgido na França do séc. XVII, criam a necessidade da busca e discussão de um novo modelo de ordem social, de organização política, de legitimação do exercício do poder, representado pelas teses dos teóricos do liberalismo e do contrato social.¹⁰³

O antropocentrismo é a palavra de ordem. O homem possui livre arbítrio, é responsável por suas ações, dotado de liberdade e razão, senhor de sua própria história. Kant vivencia a Revolução Francesa. A França fervilha com as idéias burguesas. O século XVIII é marcado pelas grandes revoluções que redefinem os sistemas políticos e jurídicos na Europa. As constituições e cartas de direitos instituem definitivamente o direito positivo como a materialização do direito, deixando a doutrina do direito natural no esquecimento.

O século XVIII é o século dos filósofos que se opõem não só aos teólogos, mas também aos metafísicos, aos que continuam, como os sucessores de Descartes, a extrair seus conceitos do pensamento teológico. Os filósofos das Luzes são pessoas que só confiam na experiência, que se interessam pela ciência teórica, pelas técnicas, pela vida cotidiana, pelas transformações dos costumes.¹⁰⁴

¹⁰² A este respeito, uma abordagem mais profunda pode ser encontrada em: MACPHERSON, Crawford Brough. *Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. Tradução de Nelson Dantas. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

¹⁰³ Danilo Marcondes, *Iniciação à história da filosofia*, p. 197.

¹⁰⁴ François Châtelet, *Uma História da razão*, p.88.

A tendência na classe acadêmica iluminista é considerar o mundo através dos sentidos e experiências humanas: o homem é o parâmetro de todas as coisas. A metafísica faz parte de um outro universo, não jurídico, e o direito passa a ser desvinculado de juízos de valor, isolado da moral e da justiça. O seu estudo reduz-se ao estudo dos textos legais, produzidos pelo Estado. Através da história, o estudo do direito oscila permanentemente entre a valorização do direito natural e o do direito positivo.

O direito natural possui eficácia ampla. Seus conceitos são universais e imutáveis através do tempo e independem da presença em algum tipo de sociedade. “O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros.”¹⁰⁵

O direito positivo tem eficácia limitada, isto é, restrita à sociedade no cerne da qual ele é elaborado, e está sujeito a modificações de acordo com o transcorrer do tempo, e com os valores culturais, sociais e morais da sociedade. Significa a prescrição de ações de acordo com normas pré-determinadas.

É permanente a dicotomia entre direito positivo e direito natural, lei e justiça. Enquanto o direito natural é universal, imutável, inerente aos valores intrínsecos do homem, tem fundamento na natureza, e nos chega através da razão trazendo o que é bom e justo por princípio; o direito positivo caracteriza-se por sua particularidade e mutabilidade (no espaço e no tempo), tem como fonte os

¹⁰⁵ Norberto Bobbio, *O Positivismo jurídico*, p. 17.

órgãos constituídos por uma população que determina as leis na forma escrita, o direito posto, positivo.

2.2. O Positivismo jurídico

O positivismo jurídico é a doutrina que ganha força no meio jurídico acadêmico no final do século XIX até meados do século XX, para contrapor o estudo do direito às concepções filosóficas das correntes jusnaturalistas. Surge mais especificamente na Europa, no contexto da formação do Estado Moderno, no período de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna. A sociedade feudal pluralista cede espaço à sociedade monista de economia capitalista e o Estado Moderno concentra o poder político na mão do rei soberano, que passa a monopolizar a produção jurídica. A centralização do poder acaba estatizando a produção jurídica e a juridicizando o Estado.

Ao processo de juridificação do Estado se associa um processo de legiferação do Direito. As manifestações históricas mais relevantes deste processo são, de um lado, as Constituições escritas que acompanham os grandes acontecimentos dos fins do século XVIII – revolução americana e Revolução francesa – e, de outro, as grandes codificações.¹⁰⁶

As teorias juspositivistas ganham refinamento na medida em que progride o estudo da lei e multiplicam-se os teóricos que defendem a vigência da lei enquanto materialização do direito. O direito natural adquire uma acepção que o aproxima de um conjunto de regras metafísicas, condicionadas à subjetividade e

¹⁰⁶ Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, p. 350-351.

particularidades de cada sociedade, um conjunto de princípios e ideais, distantes da realidade social e jurídica.

Os revolucionários franceses tomaram a Bastilha a 14 de julho de 1789, na cidade de Paris. Em 21 de janeiro de 1793, procederam à decapitação da família real. Estes acontecimentos estão impregnados de um simbolismo tão grande, que ruíram as monarquias remanescentes e desapareceu a figura do rei soberano. Neste contexto, Napoleão sagra-se imperador. Em 1804 é editado o *Código Civil Napoleônico*, expressão definitiva da nova tendência positivista que desponta na Europa no fim do século XVIII, e torna-se popular ao longo do século XIX, sendo desenvolvida no meio jurídico acadêmico até meados do século XX.¹⁰⁷

No século XIX, a Europa sucumbe ao regime napoleônico. Multiplicam-se os textos legislativos, seguindo o exemplo do Código Civil napoleônico. É “uma época tremendamente agitada: a Revolução Francesa sacudiu profundamente os espíritos, Napoleão fez-se imperador e invadiu a Europa. Nesse clima, constitui-se uma forma de pensamento ávida de concretude, de realidade.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Sobre a herança que o século XX legou ao mundo, Boaventura de Souza Santos escreve: “O século XX ficará na história (ou nas histórias) como um século infeliz. Alimentado e treinado pelo pai e pela mãe, o andrógino século XIX, para ser um século-prodígio, revelou-se um jovem frágil, dado às maleitas e aos azares. Aos catorze anos teve uma doença grave que, tal como a tuberculose e a sífilis de então, demorou a curar e deixou para sempre um relógio. E tanto que aos trinta e nove anos teve uma fortíssima recaída que o privou de gozar a pujança própria da meia idade. Apesar de dado por clinicamente curado seis anos depois, tem tido desde então uma saúde precária e muitos temem uma terceira recaída, certamente mortal. Uma tal história clínica tem-nos vindo a vencer – a nós cuja inocência está garantida por não termos escolhido nascer neste século- que, em vez de um século-prodígio, nos coube um século idiota, dependente dos pais, incapaz de montar casa própria e ter uma vida autônoma.” (Boaventura de Souza Santos, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, p. 75).

¹⁰⁸ François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 109.

A positivação aproxima cada vez mais o direito da lei. Ele não é mais um ideal, é matéria sob forma de textos produzidos pelo Estado. Dissemina-se a lógica de positivação de todo texto que se pretenda jurídico, a exigência de que todo direito seja escrito, positivado, visando assegurar o exercício das prerrogativas fundamentais.

O positivismo jurídico manifesta-se, cronologicamente, em três diferentes estágios, que materializam sua evolução doutrinária, formando escolas: (1) A Escola Histórica do direito; (2) a Escola da Exegese; (3) a Escola Científica.

A *Escola histórica* ou *historicismo* preparou o terreno para o surgimento do positivismo jurídico na Alemanha: defendia uma concepção filosófica racionalista fazendo uma crítica severa aos mitos do jusnaturalismo –o estado de natureza, o contrato social, a lei natural. A escola histórica constitui-se no fundamento do positivismo jurídico a partir da crítica radical ao direito natural.

Antes da ascensão vitoriosa da escola histórica de Direito, a questão da justiça era considerada pela ciência jurídica como o seu problema fundamental. Este, e nenhum outro, é o significado do fato de que, até então, a ciência do Direito era a ciência do Direito natural. Isso não implica que a ciência do Direito não se ocupasse do Direito positivo, mas, simplesmente, que ela acreditava na necessidade de tratar o Direito positivo apenas em estreita conexão com o Direito natural, isto é, com a justiça.¹⁰⁹

Se as leis naturais são imutáveis e a sociedade está em constante mutação é impossível conceber um direito que não se adapte às transformações dos valores morais sociais. O historicismo considera o indivíduo sob vários aspectos -valores, religião, raça- proporcionando uma compreensão mais

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 558.

abrangente do pensar humano. “Uma nova dimensão se impõe à filosofia, doravante indispensável à reflexão. Certamente, há uma natureza humana na idéia de progresso, mas essa natureza humana é perfectível, capaz de se transformar. A história se impõe como algo irrecusável.”¹¹⁰

Enquanto matriz da sociologia do conhecimento o historicismo defende que a variedade da história é decorrência da variedade dos seres humanos –já que eles são considerados sob diversos aspectos- enquanto os eventos históricos são decorrentes de ações humanas desprovidos de ordem ou racionalidade. “A idéia de progresso intelectual e material, herdada da Idade das Luzes, é radicalizada por um acontecimento maior, a Revolução Francesa. Os governantes e os povos compreendem, à custa do sofrimento, o seu destino histórico.”¹¹¹

Os acontecimentos históricos são contingências e não estão, pois, condicionados à razão. Rompe-se a crença no mito da evolução humana. As transformações são visíveis, mas não estão necessariamente vinculadas a qualquer conceito de evolução. Existe um apego à tradição, às instituições e costumes desenvolvidos na sociedade, lenta e gradualmente, com o transcorrer do tempo. A incerteza em relação ao futuro gera a idealização dos acontecimentos ocorridos no passado.

As idéias essenciais do historicismo podem ser resumidas nas proposições seguintes:

1. **Todo fenômeno cultural, social ou político é histórico e não pode ser compreendido senão através de e na sua historicidade.**

¹¹⁰ François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 108.

¹¹¹ François Châtelet, *Uma História da razão*, p. 106.

2. Existem diferenças fundamentais entre os fatos naturais e os fatos históricos e, conseqüentemente, entre as ciências que os estudam.
3. Não somente o **objeto** da pesquisa está imerso no fluxo da história, mas também o **sujeito**, o próprio pesquisador, sua perspectiva, seu método, seu **ponto de vista**.¹¹²

A *escola histórica do direito* absorve algumas características do historicismo sociológico, transportando-as para uma teoria jurídica. Partindo do pressuposto de que existe variedade no gênero humano, também o direito deve ser variável, no espaço e no tempo.

“O direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história.”¹¹³ A descrença na evolução da raça humana, na possibilidade de progresso e a incerteza em relação ao futuro condicionam o homem a confiar nos códigos e nas instituições existentes, a fim de preservar os direitos estabelecidos, conquistados, não raro, através de sangrentas lutas. Observar as ordenações e codificações do legado do direito romano e germânico seria uma forma de evitar incertezas.

A crítica radical ao direito natural fez da escola histórica do direito o marco inicial do positivismo jurídico. Pouco a pouco suas características modificam-se e a contingência histórica perde em importância. A elaboração do Código Civil na França inspira a tomada de consciência do presente e conseqüente superação do passado. A análise histórica cede lugar ao exame textual dos códigos, à análise gramatical. A cultura jurídica passa a ser influenciada pelas ordenações justinianas e pelo código napoleônico. O ensino jurídico fica restrito à

¹¹² Michael Löwy, *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*, pp. 65-66.

¹¹³ Norberto Bobbio, *O Positivismo jurídico*, p. 51.

explicação dos códigos, *o que* está escrito em detrimento d' *o porque* foi escrito.

O escopo é isolar a legislação do seu significado social, cultural e histórico..

Estes traços definem a *escola da exegese* que adquire popularidade a partir do surgimento das codificações, simbolizando o meio mais simples e imediato de resolução de controvérsias, a busca do caso concreto no texto da lei. A escola da exegese tem fundamento na hipótese de que a resolução de qualquer controvérsia está no texto da lei, de que os códigos condensam, necessariamente, todas as possibilidades de conflitos e suas soluções.

O princípio da autoridade modifica a mentalidade dos juristas (que concebem a lei como a vontade do legislador). A figura do órgão legitimamente investido da capacidade de produção legislativa e o princípio da certeza do direito determinam o repúdio à interpretação por parte do juiz que, de acordo com a teoria da tripartição dos poderes, está defeso de legislar. O Regime Napoleônico impõe pressões políticas para a difusão do código civil dedicado a Napoleão, seu ensino nas instituições públicas e sua utilização por todos os organismos vinculados ao governo.

A Escola da exegese leva, assim, à vitória das idéias filosóficas e políticas dos grandes pensadores franceses do séc. XVIII: estadismo e racionalismo. Estadismo: a concepção legalista consagra o culto do Estado-Deus e da soberania da nação; o legislador, sozinho, cria o direito. Racionalismo: as leis devem ser interpretadas racionalmente, logicamente; a experimentação, a história, o direito comparado, nada disso tem qualquer interesse para o jurista.¹¹⁴

O dogmatismo impõe o uso dos textos dos códigos como a solução, no nível teórico, dos problemas práticos. A doutrina legalista determina que todo o

¹¹⁴ John Gillisen, *Introdução histórica ao direito*, p. 516.

direito está na lei, que de forma objetiva descreve as situações jurídicas e a maneira de dissolver controvérsias. A função do juiz é aplicar a lei aos casos práticos, através de um raciocínio lógico e formal (silogismo), restrito à pura aplicação do texto da lei.

A escola da exegese incorpora a inversão do raciocínio jurídico entre direito natural e direito positivo. O direito positivo não mais possui legitimidade unicamente quando encontra respaldo no direito natural –na idéia de justiça- é o direito natural que terá sua validade reconhecida somente a partir do momento em que for positivado. “Segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei.”¹¹⁵ É a interpretação exegetica, técnica que consiste em compreender o texto da lei gramaticalmente, sem análise histórica, cultural, social, ou pessoal de qualquer tipo. A única interpretação válida é a do próprio legislador, o único direito válido é o estatal.

A última das escolas do positivismo jurídico é a *escola científica*. Sua característica fundamental a ampliação da idéia de lei como única fonte do direito. Considera também os costumes, a jurisprudência, a doutrina e a equidade como fontes legítimas do direito, cuja consulta é necessária para a aplicação de soluções mais justas dos problemas dos destinatários da norma. Reconhece a lei, no entanto, como a fonte primordial, ainda que não exclusiva. O juiz deve fazer uso

¹¹⁵ Norberto Bobbio, *O Positivismo jurídico*, p. 87.

destas fontes para garantir a adequação do direito a seu tempo, através da investigação científica.

O jurista deve considerar as experiências feitas, os sucessos ou fracassos que resultam dos movimentos constantes do direito. Deve procurar a expressão do justo e não exclusivamente a vontade do legislador. O direito é, em si mesmo, coisa diferente da lei; se esta continua a ser o elemento principal para o conhecimento do direito, não exclui os outros elementos: sobretudo, o costume, os princípios gerais do direito e a jurisprudência.¹¹⁶

A ciência do direito está isenta de juízos de valor, vinculada apenas a juízos de fato que representam mera tomada de conhecimento da realidade. O método da ciência jurídica consiste em analisar juridicamente os fatos, a concentração lógica -o silogismo entre fato e norma- e a sistematização do ordenamento- para que forme um todo coerente e coeso.

As características fundamentais do positivismo jurídico podem ser analisadas através de três pontos fundamentais. Primeiro pode ser considerado segundo seu aspecto teórico como uma teoria do direito, no seu aspecto metodológico como uma aproximação do estudo do direito, ou no aspecto ideológico, como uma certa ideologia da justiça¹¹⁷, a forma como se entende o direito: neste aspecto, é positivista o raciocínio que o considera como um fato, não um valor. O positivismo jurídico propõe uma “identificação da vontade criadora do direito com a vontade do soberano, e assim, uma redução do direito ao direito estatal”. Enquanto teoria jurídica, o positivismo destaca a definição do direito a

¹¹⁶ John Gillisen, *Introdução histórica ao direito*, p. 518.

¹¹⁷ Em italiano, no original: “Per procedere ad una caratterizzazione del positivismo giuridico, ritengo possa essere utile distinguere tre aspetti diversi con cui esso si è storicamente presentato: 1) come un modo di avvicinarsi allo studio del diritto; 2) come una determinata teoria o concezione del diritto; 3) come una determinata ideologia della giustizia.” (Norberto Bobbio, *Giustizialismo e positivismo giuridico*, p. 103-104).

partir da efetividade, a concepção “da norma jurídica como um comando, uma teoria das fontes de direito que dá preeminência às leis e faz das outras fontes, fontes subordinadas à lei”. Enquanto teoria do ordenamento jurídico “compreende os dogmas da completude e coerência” dentro de um ordenamento jurídico estatal. Como método de interpretação, o declarativo, característico da escola da exegese, “segundo a qual o trabalho do jurista e do juiz é declarar o direito existente antes do que produzir novas regras e o método consiste prevalentemente em operações lógicas.”¹¹⁸

Na acepção do positivismo jurídico como um método de aproximação do estudo do direito, ele é representado pela oposição entre as dimensões ontológica e deontológica, ou seja do mundo do ser em contraposição com o mundo do dever ser, quando a contingência se impõem à consciência e materializa a bipolarização entre direito real e ideal, ou direito enquanto fato e direito enquanto valor. De acordo com esta acepção, o positivismo representa a dimensão ontológica –da ordem do ser- e descreve o direito enquanto fato, defendendo o estudo do direito enquanto ciência. É quando a teoria do direito refere-se ao positivismo jurídico como defensor do Estado, enquanto órgão legitimamente

¹¹⁸ Em italiano, no original: “Nella teoria statale-legalistica del diritto, propria del positivismo giuridico, Bobbio individua alcuni caratteri principali ricorrenti: 2,1) una definizione volontaristica del diritto e una identificazione della volontà creatrice del diritto con la volontà del sovrano politico, e così una totale riduzione del diritto al diritto dello stato; 2,2) una concezione imperativistica della norma giuridica, ossia una concezione della norma giuridica come comando; 2,3) una teoria delle fonti del diritto che dà preminenza alla legge e fa delle altre fonti subordinate alla legge, svalutando il diritto consuetudinario e il diritto giudiziario; 2,4) una teoria dell’ordinamento giuridico (essendosi venuti a dare il nome di ordinamento giuridico all’insieme delle norme di un dato sistema giuridico) comprendente i dogmi della completezza e della coerenza dell’ordinamento stesso; 2,5) una teoria dell’interpretazione e della scienza del diritto, secondo la quale l’ufficio del giurista e del giudice è dichiarare il diritto esistente piuttosto che produrre regole nuove e il metodo consiste prevalentemente in operazioni logiche.” (Uberto Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, p.24).

autorizado a proceder na produção legislativa e propõe o direito como um ordenamento normativo coercitivamente imposto pelo órgão com poderes delegados. “Trata-se aqui da identificação comum do positivismo jurídico com a teoria estatal do direito.”¹¹⁹

O terceiro aspecto de abordagem do positivismo classifica-o como ideologia: o direito positivo configura o direito justo, porque investido de validade. Se a produção do direito, tomado um determinado ordenamento, está de acordo com a forma prevista para a sua produção, não contrariando a pirâmide hierárquica vigente, e estando o órgão emissor legitimado para a produção legislativa, ele é, em seu conteúdo, necessariamente justo. Enquanto ideologia o positivismo jurídico reduz a justiça à validade da norma, e, enquanto ordenamento imposto pelo Estado, o direito que representa a prerrogativa que aquele possui de estabelecer a segurança, a paz e a ordem sociais.

Definir o direito sem considerar o conteúdo, limitando-se ao aspecto formal conduz à desconsideração de seus fundamentos filosóficos e ao entendimento da justiça como mero conceito formal. A separação entre conteúdo e forma tem como consequência uma mudança de rumo no estudo desta disciplina, fazendo surgir duas correntes de pensamento que concentram a abordagem em cada um destes aspectos: a ciência do direito e a filosofia do

¹¹⁹ Em italiano, no original: “Si tratta qui della comune identificazione del positivismo giuridico con la teoria statalistica del diritto.” (Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, p 107).

direito. “O positivismo jurídico é a orientação, o endereço da cultura jurídica que se inspira no valor da ciência e tende à realização de uma ciência do direito.”¹²⁰

2.3. Ciência do direito e filosofia do direito

O legado substancial da doutrina do positivismo jurídico foi o de realizar, no campo do conhecimento jurídico, uma divisão entre o campo da ciência e da filosofia do direito. A ciência do direito é reduzida ao positivismo jurídico, e a produção do conhecimento jurídico científico determina a depuração da linguagem, para conferir ao seu objeto maior cientificidade. A filosofia do direito passa a ser um campo marginalizado do conhecimento jurídico.¹²¹ As reflexões filosóficas acerca dos princípios de justiça, dos conceitos fundamentais e dos suportes teórico-filosóficos ficam reduzidos à metafísica, representando idéias imprecisas sobre a realidade distante da análise que permite compreender o fenômeno jurídico.

O positivismo jurídico introduz no campo do direito a discussão sobre a cientificidade das teorias jurídicas. Enquanto “matriz filosófica”, o positivismo traduz a valorização da ciência, o idílio do progresso, a perspectiva científica do conhecimento.

¹²⁰ Em italiano, no original: “Il positivismo giuridico è l’orientamento, l’indirizzo della cultura giuridica che s’ispira al valore della scienza e tende alla realizzazione di una scienza del diritto.” (Uberto Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, p. 39).

¹²¹ Na íntegra, no original, em espanhol: “Bobbio ha escrito alguna vez que la filosofía del Derecho es una ‘materia que a menudo los filósofos no conocen por falta de amor y que los juristas no aman por falta de conocimiento’. Y, sin embargo, los filósofos Del Derecho –o quienes sin ese nombre se ocupan de filosofía jurídica- no suelen ser bichos tan raros que no puedan ser incluidos o en la familia de los filósofos puros o en la familia de los juristas.” (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 131).

O Iluminismo trouxe a superação do paradigma teocêntrico e o desenvolvimento e implementação do paradigma antropocêntrico, e com ele a redescoberta da racionalidade humana. A razão proporciona ao homem a produção do saber científico. Como com as outras áreas do conhecimento, os juristas deparam-se com a necessidade de reformular o paradigma jurídico.

Os juristas são confrontados com o mesmo mundo com o qual se deparam engenheiros e sociólogos. O problema específico deles consiste em edificar uma teoria geral do Direito compatível com esse mundo; em salvar a ciência jurídica, construindo-a. (...) Nessa tarefa tão difícil, os juristas terão um relativo êxito; e isso por caminhos diferentes, dos quais os três principais são a sociologia, a lógica formal e o materialismo.¹²²

A formulação do direito enquanto ciência e o desenvolvimento do positivismo jurídico direciona-o mais especificamente para a lógica formal, valorizando a forma em detrimento do conteúdo. Enquanto a filosofia define o direito em função do valor atribuído aos conceitos e princípios teóricos, a ciência do direito é avaliativa por definição. A filosofia do direito está voltada para a compreensão do aspecto material da mesma maneira que a ciência do direito destaca o aspecto formal, a compreensão do fenômeno jurídico materializado: a lei.

A ciência jurídica enquanto *lógica formal*, ou o *formalismo jurídico* – como também é denominada- ou ainda o *legalismo* consiste “numa certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual ato justo é aquele conforme a lei,

¹²² François Châtelet, *História das idéias políticas*, p. 341.

injusto o contrário.”¹²³ Enquanto a filosofia do direito aponta para a teoria da justiça, que define o direito que deveria ser, a ciência do direito, calcada no legalismo, aponta para a definição do direito como ele é -a lei- através da teoria do direito, mais especificamente, a teoria do direito enquanto forma (formalismo jurídico).

A ciência nasce da observação humana dos fenômenos da natureza, ou seja, a ciência deriva do conhecimento empírico. A partir da observação dos fenômenos e sua relação de constância e repetição, o homem organiza estes fenômenos em sistemas de conhecimentos, criando teorias. A filosofia, por outro lado, nasce da reflexão humana acerca dos sistemas e fenômenos desenvolvidos e tem por finalidade a aplicação *prática* das conclusões oriundas das reflexões, provocando mudanças, transformações. Da teoria, entretanto, não se pode deduzir a aplicação prática imediata. Ainda que a filosofia tenha por objetivo a modificação da realidade a partir da reflexão teórica, este nexo de causalidade não pode ser necessariamente derivado.

A filosofia origina-se dos ensinamentos dos autores pré-socráticos, tradição seguida pelo próprio Sócrates e seu discípulo Platão. Sua proposta é refletir sobre a política, a justiça e a organização social. Nos séculos XVII e XVIII

¹²³ Bobbio faz uma análise mais detalhada do que seja formalismo jurídico: “In una prima accezione, per ‘formalismo giuridico’ s’intende una certa teoria della giustizia, in particolare la teoria secondo cui atto giusto è quello conforme alla legge, ingiusto quello difforme. (...) Il giudizio ético consiste in un giudizio di conformità di un atto alla norma, onde buono è l’atto compiuto per adempiere alla legge, cattivo quello compiuto per trasgredirla. Il termine più comune per designarla è ‘legalismo’: allora possiamo dire che in questa prima accezione il formalismo giuridico coincide con la concezione legalistica della giustizia. Non c’è dubbio che parte delle accuse al formalismo giuridico sono dirette contro la concezione legalistica della giustizia. In difesa di una concezione che sappia distinguere il giudizio di legalità dal giudizio sulla giustizia o ingiustizia delle azioni, e sia consapevole del fatto che i due giudizi divergono sì che non sempre l’azione legale è giusta e non sempre l’azione giusta è legale.” (Norberto Bobbio, *Giuridicismo e positivismo giuridico*, p.80-81).

os movimentos Renascentista e Iluminista, as pesquisas científicas, os avanços no campo da ciência e das artes e a expansão econômica contribuíram para o esquecimento da filosofia, tal como estava conjunturada durante a Idade Média. O século XIX foi marcado pelas grandes revoluções, um período de intensa agitação política. O positivismo jurídico desenvolve-se no fim do século XIX e início do século XX, impondo obstáculos aos fundamentos filosóficos do direito, enquanto tópicos teóricos fundamentais da construção jurídica.

A ciência jurídica dos séculos XIX e XX declara-se expressamente incapaz de incluir o problema da justiça no objetivo das suas investigações. Em princípio, pelo menos, o positivismo limita-se a uma teoria do Direito positivo e à sua interpretação. Conseqüentemente, ele se mostra ansioso por manter a diferença, e mesmo o contraste entre “justo” e “jurídico”, uma antítese que se manifesta na nítida separação entre a filosofia jurídica e a ciência jurídica.¹²⁴

A ciência jurídica ficou reduzida ao plano dogmático, mera análise formal das normas e sistematização da interpretação da lei, desprovido de reflexão filosófica e raciocínio aprofundado em relação a conceitos e valores sociais. A filosofia ficou aprisionada no plano teórico, na esfera da retórica, reduzida ao plano dos ideais e da metafísica, segregada da produção do conhecimento, afastada por completo da *práxis*. A doutrina do positivismo jurídico apropria-se da linguagem técnica da dogmática para reivindicar a objetividade que é peculiar às ciências e protestar pela produção científica do conhecimento jurídico, determinando a distinção entre a ciência do direito –que será representada pelo positivismo jurídico– e a filosofia do direito –que estará restrita ao estudo do direito natural.

¹²⁴ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 558.

O primeiro autor a invocar a necessidade de depuração do direito em relação aos elementos que lhe são estranhos é Hans Kelsen. Ele estrutura uma teoria que propõe o direito em seu aspecto puro, para tornar possível o desenvolvimento da ciência do direito.

2.4. Hans Kelsen: teoria pura

O ponto fundamental da obra de Hans Kelsen (Áustria, 1881-1973) foi a elaboração da *Teoria pura do direito*. Em meio aos tumultos políticos que assolaram o mundo desde a Revolução Francesa, a multiplicação de ideologias, ordenamentos, textos jurídicos, num mundo que já tinha enfrentado uma Grande Guerra e “preparava-se” para a segunda, Hans Kelsen procura “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.”¹²⁵

A teoria pura do direito é uma construção que tem por objetivo extirpar-lhe os seus elementos estranhos, decantar o direito da moral e da justiça, dos juízos de valor, considerando um único objeto para o estudo desta ciência: a norma. A finalidade é resgatar, com o novo direito, sua *pureza*, transparência, nitidez, eliminar todo elemento antijurídico, construindo-lhe uma ciência.

Eliminando elementos sociológicos, filosóficos, psicológicos, econômicos e quaisquer outros, Kelsen quer libertar a ciência jurídica de todos os aspectos alienígenas, tentando evitar o sincretismo metodológico, que obscurece a

¹²⁵ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, prefácio-s/nº.

ciência do direito, comprometendo sua objetividade. “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?”¹²⁶ Fundamentando seu estudo na objetividade, declara sua neutralidade axiológica no desenvolvimento dessa nova ciência.

Kelsen pretende que a sua seja uma teoria do direito em geral, ou seja, válida não somente para um ou outro ordenamento jurídico, considerado particularmente, mas para todo o direito positivo. A pureza é o elemento que garante ao direito sua versatilidade, sua universalidade, sua validade e aplicabilidade em todo e qualquer ordenamento jurídico. Enquanto independente dos juízos de valor e dos elementos estranhos ao direito, esta teoria pura seria capaz de se adaptar a qualquer ordem jurídica.

O objeto da ciência do direito, para Hans Kelsen, é a norma, sendo o formalismo o princípio metodológico da prática científica. A norma é a unidade mínima do ordenamento jurídico, a célula fundamental, a menor partícula possível dentro do organismo jurídico -composto por leis, tratados, convenções, códigos, etc. Através de uma relação de causalidade entre os fatos e as normas, o juiz estará apto a aplicar sanções previstas no ordenamento de cada sociedade. A norma em si não é uma sanção, “funciona como esquema de interpretação.”¹²⁷ “Se a sociedade sugere que não se deve matar, a norma jurídica não **enuncia** a

¹²⁶ “Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando designa a si própria como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 1).

¹²⁷ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 4.

obrigação de não matar. Ela somente ordena ao juiz que inflija uma sanção ao assassino.”¹²⁸

A significação jurídica de um ato é expressa através da norma que não determina que se faça ou deixe de fazer qualquer coisa, mas vincula sanções a determinados atos, considerados ilícitos. Para evitar as sanções os indivíduos abstêm-se de praticá-los e não porque a norma a isso os obriga.¹²⁹ Já que, no universo jurídico, não é possível deduzir fatos a partir de normas, ou normas a partir de fatos. A ciência jurídica situa-se num plano deontológico *-da ordem do dever ser-* o que explica o fato de a norma não impor uma conduta, senão vincular uma sanção à conduta que qualifica como antijurídica. Para compreender melhor o sentido da norma jurídica, observe-se o quadro abaixo:

Não matarás ¹³⁰
Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. ¹³¹

A linha superior da tabela indica uma norma moral, enquanto que a linha inferior indica uma norma jurídica. A norma moral será obedecida por cada indivíduo na medida de sua fé e isto basta para que a norma moral seja considerada válida em uma sociedade. A norma jurídica não pode limitar-se a descrever uma conduta e prever sua obediência como consequência lógica.

¹²⁸ François Châtelet, *História das idéias políticas*, p. 343.

¹²⁹ Nas palavras de Kelsen: “(...)O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”. (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 4).

¹³⁰ Autor desconhecido, *Bíblia-Sagrada*, Êxodo, 20:13.

¹³¹ BRASIL, *Código Penal brasileiro*, artigo 121.

Enquanto ciência deontológica, a ciência jurídica trabalha com o *dever ser*.¹³² Se o objetivo da norma é fazer do homicídio uma conduta antijurídica, o procedimento adequado é o de prever normativamente o homicídio como fato ilícito (típico) e prescrever uma sanção a todo indivíduo que praticá-lo. A norma jurídica descreve uma situação de fato –*matar alguém*– e vincula a este fato concreto uma sanção. Assim, não impõe uma conduta como obrigatória, mas impõe uma sanção àquele que pratica a conduta descrita, porque, a partir do momento em que a conduta está descrita no ordenamento jurídico, e existe uma sanção a ela vinculada, esta conduta é ilícita. “Com o termo “norma” se quer significar que algo **deve** ser ou acontecer, especialmente que um homem se **deve** conduzir de determinada maneira.”¹³³ O fato de a norma prescrever uma conduta não leva a concluir que a conduta será observada. A norma impõe uma sanção à violação de sua prescrição porque, a partir da previsão legal de um fato típico, este passa a ser sancionado, sem garantia de que não sucederá mais, razão pela qual a norma é um *dever ser*. O comportamento concreto dos indivíduos – incluindo a incorrência no ilícito– é da ordem do *ser*. Do fato de que uma conduta *deve ser* manifestada de acordo com a norma, não se pode deduzir que esta conduta assim o é.

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é –ou seja, “o” enunciado através do qual descrevemos um ser fático– se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser –com o qual descrevemos uma norma– e que da circunstância de algo ser não se segue que

¹³² A doutrina positivista considera a ciência como estudo do plano concreto, enquanto a filosofia é um conjunto de abstrações. Para Kelsen, a ciência jurídica é deontológica porque o direito não pode determinar os fatos, ou concluir fatos de normas, apenas prescrever condutas.

¹³³ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 4.

algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja.¹³⁴

A norma jurídica descreve uma conduta como típica, e prescreve uma sanção a quem incorre em fato típico porque, no momento em que está descrito na norma o fato típico, ele significa um ato antijurídico, ilícito, passível de pena. A concepção kelseniana de direito corresponde à de uma ordem coativa da conduta humana, enquanto sistema de normas obrigatórias, estruturadas hierarquicamente, seguindo um argumento racionalista. Kelsen propõe uma visão sistêmica do ordenamento jurídico.

Na concepção de ordenamento jurídico de Hans Kelsen as normas jurídicas não estão dispostas aleatoriamente, de forma desordenada, porém em função umas das outras. Ele o concebe como um sistema escalonado de normas. No topo da pirâmide normativa está a norma fundamental.

A norma fundamental possui uma peculiaridade em relação às demais. Enquanto todas as normas pertencentes a um ordenamento são positivas, e o próprio ordenamento não poderia ser considerado como jurídico senão enquanto formulado por leis escritas, a norma fundamental não é posta, mas pressuposta. É uma hipótese fundamental, um axioma, o fundamento de sustentação lógica das demais normas.¹³⁵

¹³⁴ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 6.

¹³⁵ "...La norma fundamental (...) debe servir a la vez para evitar el recurso al infinito que se produciría de seguir preguntando indefinidamente por el fundamento de validez de las norma de un sistema y para mantener la pureza metódica a través de una fundamentación de las normas jurídicas en un último 'deber ser' normativo y no un 'ser' fáctico como sería el poder o la fuerza." (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 278).

Sendo o direito um conjunto de normas (unidade mínima) ordenadas de forma coerente e hierárquica, o fundamento de uma norma qualquer é sua norma superior. Esta norma superior é fundamentada em outra superior a ela mesma, e assim sucessivamente, até chegar à lei máxima de um ordenamento que é sua constituição, elaborada pelo poder constituinte originário. A própria constituição careceria de legitimidade se não possuísse, por sua vez, fundamento. O fundamento da constituição repousa, historicamente, na validade da constituição anterior, e esta, na anterior, até a primeira constituição.¹³⁶ A primeira constituição tem por fundamento a norma fundamental que “estabelece a validade do Direito positivo e expressa o caráter hipotético-relativo de um sistema de normas investido apenas da validade do Direito positivo.(...) Ela é simplesmente a formulação do pressuposto necessário para qualquer compreensão positivista de materiais jurídicos.”¹³⁷

A norma fundamental enuncia somente a legitimidade e a juridicidade do primeiro legislador. Não tem existência objetiva, é uma norma deduzida, um pressuposto hipotético, mas imprescindível. Para que o ordenamento jurídico

¹³⁶ Kelsen deixa este raciocínio bastante explícito: “(...)O que é o fundamento de validade da norma estabelecida pelo ato do legislador, então a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição, quer dizer, pelo sentido de um ato de vontade do emissor da Constituição. Esta, historicamente, é a primeira Constituição e pergunta-se por que o sentido subjetivo do ato emitente da Constituição também é seu sentido objetivo, i.e., uma norma válida, ou com outras palavras: o que é o fundamento de validade dessa norma, então a resposta é: porque, como jurista, se pressupõe que se deve conduzir como historicamente prescreve a primeira Constituição. Eis uma norma fundamental. Esta norma fundamental autoriza a pessoa, ou pessoas que historicamente estabeleceram a primeira Constituição para a estatuição de normas que representam, historicamente, a primeira Constituição. Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembleia, as pessoas são constituintes dessa Assembleia; nasceu a primeira Constituição, historicamente pela via do Costume, é este Costume, mais corretamente: são as pessoas, cuja conduta institui, historicamente, o Costume produtor da primeira constituição, que são autorizadas pela norma fundamental. É na norma fundamental –da, historicamente, primeira Constituição- no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico.” (Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 327).

¹³⁷ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 563.

possa ser considerado obrigatório, é indispensável supor a existência da norma fundamental, que admite a legitimidade do poder e o dever de obediência da comunidade.

Kelsen não atribui à norma fundamental um sentido metafísico pelo fato de não ser uma norma positiva. O raciocínio que prevê a existência da norma fundamental não é, para o autor, absolutamente metafísico ou transcendental, mas puramente lógico-dedutivo.

O jurista **positivista**, que não pode ir além dos fatos fundamentais, pressupõe que esse fato histórico original tem o significado de “constituição”, que a resolução de uma assembléia de homens ou a ordem de um usurpador tem a significação normativa de uma lei fundamental.¹³⁸ Apenas fazendo tal pressuposição é que ele pode demonstrar o significado normativo de todos os outros atos que ele compreende como atos jurídicos simplesmente porque ele atribui a origem de todos eles à constituição original.¹³⁹ (sem grifo no original)

Em sentido ascendente as normas inferiores são derivadas e legitimadas pelas superiores. Em sentido descendente a relação da norma superior em relação à inferior é a fundamentação jurídico-legal. As normas superiores discorrem sobre a produção das inferiores, determinando a forma de elaboração e, às vezes, seu conteúdo. Toda interpretação normativa repousa na compreensão da estrutura normativa hierárquica. Uma norma depende da outra em consonância com sua posição na pirâmide normativa.

Nesta pirâmide, à norma fundamental seguem-se as normas constitucionais, que são relativas à organização do Estado, à distribuição das

¹³⁸ Note-se que ele não toma posição clara quanto ao tipo de governo ou Estado onde se aplica esta teoria. A passagem permite concluir que o sistema kelseniano é aplicável tanto numa democracia quanto numa tirania, monarquia ou república...

¹³⁹ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 564.

competências dos poderes legitimamente constituídos e suas relações com os membros da comunidade. Seguem-se as normas ordinárias, e no mesmo patamar os costumes.¹⁴⁰ Logo em seguida, as sentenças judiciárias, muitas delas fundamentadas nos costumes (nos países que adotam o sistema de *common law*). Depois vêm os regulamentos elaborados por órgãos administrativos, precipuamente como normas de organização interna, e sucessivamente, regulando matérias cada vez mais específicas no âmbito administrativo, as demais formas legislativas e atos executivos.

Para os jusnaturalistas, oponentes da teoria kelseniana, a norma fundamental representa o reconhecimento da existência de um valor absoluto de justiça existente em todo ser humano, pressuposto do direito natural. Esta norma fundamental constitui, exatamente, o direito natural: é o argumento que os jusnaturalistas opõem à teoria positiva, não somente à obra de Kelsen, mas também de seus seguidores. Kelsen rejeita a aproximação.

Qualquer tentativa de ultrapassar os fundamentos relativo-hipotéticos do Direito positivo, isto é, de abandonar uma norma fundamental hipotética por uma norma fundamental absolutamente válida, que justifique a validade do Direito positivo (uma tentativa que, por óbvios motivos políticos ocorre regularmente), significa o abandono da distinção entre Direito positivo e Direito natural. Significa a invasão do tratamento científico do Direito positivo pela teoria do Direito natural, e, na medida do possível, uma analogia com as ciências naturais, uma intrusão da metafísica no domínio da ciência.¹⁴¹

Este raciocínio evidencia mais uma característica do pensamento kelseniano: o monismo. Além de eliminar a possibilidade da coexistência entre

¹⁴⁰ Embora seja fonte subsidiária, o costume deve ser observado na falta da lei e, segundo Kelsen, com o mesmo grau de importância na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico.

¹⁴¹ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 565.

direito positivo e direito natural, Kelsen remete toda produção jurídica à fonte legitimada para esta tarefa: o Estado. “O Estado não criou o direito. Não está submetido a ele. Ele é o Direito. (...) O Direito é uma ordem que tem como função regulamentar o emprego da força nas relações entre os homens; o Estado, também. Portanto, eles coincidem.”¹⁴²

Os jusnaturalistas admitem a existência de princípios inerentes à própria razão humana que traduzem os ideais de justiça, a possibilidade da compreensão absoluta da justiça e a existência destes princípios que estariam contidos nos fundamentos do direito positivo, possibilidade negada pela teoria kelseniana. O direito é o direito positivo, o direito positivo é o direito posto pelo Estado. Kelsen reduz o direito à norma, e reduz a produção normativa à produção normativa do Estado.¹⁴³ Elimina o dualismo entre justiça e direito, entre Direito e Estado.

O Direito positivo como ordem humana arbitrária, cujas regras carecem de justeza auto-evidente, requer necessariamente uma agência para a concretização de atos de coerção e exibe a tendência inerente de evoluir, de ordem coercitiva para uma “organização” coercitiva específica. Essa ordem coercitiva, sobretudo quando se torna uma organização, é idêntica ao Estado. Assim, pode-se dizer que o Estado é a forma perfeita do Direito positivo.¹⁴⁴

A crítica mais freqüente à teoria pura do direito é a da supervalorização das formas jurídicas em relação ao conteúdo do direito. O monismo manifesto em sua teoria, a sistematização da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, culminando com uma norma fundamental de caráter

¹⁴² François Châtelet, *História das idéias políticas*, p. 343.

¹⁴³ Nas palavras de Norberto Bobbio: “Não existe outro Direito além do estatal e não existe outro Estado além do jurídico”. (Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, p. 349).

¹⁴⁴ Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 560.

hipotético relativo mas absolutamente desvinculado do direito natural, a fundamentação do sistema positivo de direito num argumento jurídico, como ele classifica a própria norma fundamental, tendem a enfraquecer a teoria e permitir o questionamento da validade do raciocínio.

2.5. Herbert Hart: “justice as fairness”

Herbert Hart (Inglaterra, 1907-1992) desenvolve uma teoria na qual o conceito de norma fundamental de Kelsen é flexibilizado e denominado de regra de reconhecimento. Ele descreve o direito como um conjunto da união de regras primárias e secundárias, formando um todo consistente e unitário, reciprocamente nutrido. A existência de um ordenamento jurídico exclusivamente composto de regras primárias teria como conseqüências imediatas a incerteza, a estática e a ineficácia do ordenamento. Para combater estes defeitos, o ordenamento será complementado por regras secundárias.

Para eliminar a incerteza introduz-se uma regra secundária denominada *regra de reconhecimento*. A estaticidade do ordenamento será combatida através de regras denominadas de *regras de alteração*, que conferem poder a um indivíduo para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida em grupo e eliminar as regras antigas.¹⁴⁵ Finalmente, para anular a ineficácia formula-se uma regra secundária denominada *regra de julgamento*, que define conceitos como: juiz, tribunal, jurisdição e sentença.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 105.

¹⁴⁶ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, pp. 106-107.

Regras primárias são aquelas que obrigam ou impedem os indivíduos de praticar ou deixar de praticar determinadas ações. Impõem deveres referindo-se a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas. São regras secundárias as que dependem das primeiras para justificar sua existência ou obter um sentido próprio. “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 sua aplicação.”¹⁴⁷ Atribuem poderes de caráter público ou privado e referem-se à criação ou alteração de deveres e obrigações preexistentes.

São regras secundárias as que dependem das primárias para justificar sua existência ou obter sentido próprio. “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 sua aplicação.”¹⁴⁸ Os homens, então, constituem órgãos com poderes de caráter público ou privado, autorizados à criação ou alteração de deveres e obrigações.

O sentido da palavra direito é abordado a partir da idéia de obrigação. O direito faz pressupor que exista a necessidade de uma conduta humana condicionada, ou obrigatória, porque ele impõe sanções à violação de determinadas normas, obrigando os indivíduos que vivem em uma sociedade onde elas vigoram, a sujeitar-se a elas, mesmo que não correspondam a manifestação de sua vontade. A idéia de que uma pessoa possui uma obrigação faz supor que sua

¹⁴⁷ Herbert Hart. *O Conceito de direito*, p.91.

¹⁴⁸ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p.91.

conduta está condicionada a uma regra, um mandamento coercitivo, o que não impede que a vontade íntima daquele que lhe está sujeito seja de obedecê-la: as normas contêm, pois, um aspecto interno e outro externo das normas.¹⁴⁹ Segundo Hart, os fundamentos do sistema jurídico conectam a regra de reconhecimento com a validade jurídica. “Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.”¹⁵⁰

O conceito de regra de reconhecimento equivale ao conceito de norma fundamental identificado em Kelsen. Mas, distintamente de Kelsen, Hart não condiciona a validade de uma regra, mesmo que ela venha a ser posta em desuso, à sua eficácia. Devemos “distinguir a não observância geral das regras do sistema, da ineficácia de uma regra concreta, que pode servir ou não de argumento contra a sua validade.”¹⁵¹

Enquanto a norma fundamental é pressuposta, a regra de reconhecimento é uma realidade empiricamente constatada, da qual é derivada a submissão geral voluntária ao sistema jurídico. Enquanto a *norma fundamental* é uma norma reconhecidamente pressuposta, um axioma hipotético-relativo, a *regra de reconhecimento* não possui um fundamento abstrato, é um raciocínio dedutivo do fato de que os homens comportam-se em sociedade, de forma a obedecer as leis, a formulação teórica da observação empírica da atitude humana de

¹⁴⁹ Aqui o autor aproxima-se do raciocínio kantiano a respeito da racionalidade humana frente às normas. Cf. *supra*.

¹⁵⁰ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 113.

¹⁵¹ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 115.

reconhecer a validade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética; a regra de reconhecimento, empírica. Além disso é um critério para a distinção entre as normas jurídicas e as de outra natureza (morais, por exemplo) e configura uma prática concordante. A validade de uma regra deriva do fato de esta regra ser identificada como regra do sistema, estando de acordo com a regra de reconhecimento (que é o critério supremo de validade).

Para contrapor sua teoria do direito à crítica de que ela seria um conjunto meramente formal de conceitos e análises, sem engajamento subjetivo e despreocupado com a função social e política do direito, Hart introduz a expressão *textura aberta do direito*, sendo o direito um instrumento de controle social que realiza através da comunicação de paradigmas ou modelos de conduta. Estes modelos podem ser identificados através de regras formuladas verbalmente, em que a conduta será regulada a partir da fixação do significado da norma, e sua aplicação normativa definida como precedente, sendo analisado cada caso quando de sua ocorrência concreta. É impossível prever ou simular acontecimentos futuros. Por outro lado, existem algumas normas definidas de forma geral, abstratamente, regulando-se as condutas através da legislação. O silogismo do caso concreto à norma posta nem sempre é evidente, abrindo espaço para a interpretação subjetiva do juiz. Identifica-se, desta forma, a textura aberta do direito que deve ser dinâmica para poder abranger de forma satisfatória a dissolução dos conflitos existentes na esfera social. A textura aberta do direito evidencia o fato de que a linguagem *ordinária* é usada também no universo jurídico, faz parte do direito.

Para evitar a crítica do formalismo, a retenção exclusiva ao aspecto formal e positivo, inerte do Direito, Hart contrapõe o ceticismo, definindo-o como a sensação de angústia e incerteza diante de sua incapacidade concreta absoluta para regular todas as situações possíveis.

A teoria, neste aspecto, obtém apoio numa variedade de considerações de peso muito diferente. O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado: descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fato, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação que haja, ou possa haver, quaisquer regras.¹⁵²

Outro aspecto importante da obra de Hart é a relação estabelecida entre justiça e moral e a distinção entre estes conceitos. Hart separa a idéia de justiça que está relacionada ao campo do Direito e as características que distinguem os princípios morais das regras jurídicas ou de qualquer outro conjunto de regras.

O autor identifica o conceito de justiça com o de equidade –*justice as fairness*– e faz sua análise no campo da segunda para chegar à outra. O justo então seria *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. Esta premissa somente se justifica enquanto tem por finalidade o bem comum, ou seja, o bem da sociedade, que não for considerada apenas pelas necessidades de uma determinada classe ou parcela mais forte.

¹⁵² Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 152.

Em detrimento da complexidade jurídica de uma sociedade que evolui do estágio tribal (ou de organização familiar) para um ordenamento jurídico de normas, algumas normas morais sociais continuam vigendo.

(...) A moral social das sociedades que atingiram o estágio em que esta pode ser distinguida do seu direito, sempre inclui certas obrigações e deveres que exigem o sacrifício de inclinações ou interesses privados, fato que é essencial à sobrevivência de qualquer sociedade, enquanto os homens e o mundo em que habitam mantiverem algumas das suas características mais familiares e evidentes. Entre tais regras obviamente exigidas pela vida social estão as que proibem, ou, pelo menos, restringem o livre uso da violência, as regras que exigem certas formas de honestidade e veracidade no trato como os outros, e as regras que proibem a destruição de coisas corpóreas ou a sua apropriação, tirando-as a outros.¹⁵³

Estas regras derivam do pacto social concebido por Rousseau de que os homens abrem mão de parcela de sua liberdade em favor da convivência em sociedade, sob um tipo comum de organização que assegura, em retorno, uma garantia de segurança aos indivíduos que compõem a sociedade, que abdicaram de sua liberdade subjetiva para possibilitar a convivência social, num modo de convivência entre homens dotados de parcelas iguais de liberdade.

Hart coloca quatro diferenças fundamentais para distinguir a moral das regras jurídicas: a importância, a imunidade diante de alterações deliberadas, o caráter voluntário dos delitos morais e a forma de exercer a pressão moral.

A primeira distinção entre regras morais e regras jurídicas é verificada através da *importância* atribuída a uma e outra. Embora as regras morais não sejam vinculadas a uma sanção jurídica, elas exigem “o sacrifício de interesses privados da parte das pessoas vinculadas, a observância protege interesses vitais

¹⁵³ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 156.

que todos partilham por igual”¹⁵⁴. O indivíduo que observa as regras morais não desfruta de uma vantagem subjetiva, porém coletiva.

As normas morais são de certa forma *imunes à alteração deliberada*. A modificação de uma norma moral requer uma mudança dos valores sociais fundamentais, que nascem dos costumes e tradições. Enquanto a norma jurídica pode ser produzida ou modificada mediante atos legislativos, “a moral é algo que ‘existe’ para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional.”¹⁵⁵

O *caráter voluntário dos delitos morais* refere-se ao fato de que a vontade do agente possui significado para a conduta; se um indivíduo possui uma razão moralmente justificável para agir de uma determinada forma, então sua conduta não é sancionada no plano moral, ainda que antijurídica. Isto não é válido para as normas jurídicas. Se uma conduta é descrita na lei, ela é típica. O indivíduo que incorre nesta conduta é passível de punição, mesmo que não tenha agido por vontade (dolo), mas que o resultado da ação que praticou tenha sido provocado por um descuido (culpa), sem desejo objetivo de cometer o ato.

A sanção moral é aplicada de forma subjetiva. “Os apelos à consciência e a confiança no funcionamento da culpa e do remorso são as formas características e mais salientes da pressão usada para apoiar a moral social.”¹⁵⁶ Enquanto a sanção jurídica é aplicada, ainda que para isso o Estado deva usar do seu poder de coerção física sobre o responsável pelo ilícito, a *forma de pressão moral* repousa na certeza de que o indivíduo sabe que cometeu um erro e sua

¹⁵⁴ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 189.

¹⁵⁵ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 191.

¹⁵⁶ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 195.

própria consciência o obriga a lidar com este fato; a vergonha de ter que reconhecê-lo perante si e os outros membros da sociedade é punição suficiente.

A questão da distinção entre *direito* e *moral* passa necessariamente pela análise do direito natural. Para proceder a esta análise, Hart expõe o conteúdo mínimo do direito natural através alguns de truísmos, ou seja, banalidades do espírito humano, verdades tão evidentes que não carecem comprovação.

O primeiro deles é a *vulnerabilidade humana*. Segundo este truísmo, o homem subordina-se ao direito porque é um ser vulnerável, e deve então procurar viver em harmonia com seus semelhantes a fim de preservar sua própria sobrevivência, evitando ataques em situação de vulnerabilidade.¹⁵⁷

A segunda banalidade do espírito humano a que se refere Hart é a da *igualdade aproximada* entre os homens. Sendo seres semelhantes, os homens possuem aptidões e características de igualdade. É necessário praticar abstenções mútuas para possibilitar uma convivência “menos desagradável, menos brutal e menos abrupta do que a agressão sem restrições, para seres assim aproximadamente iguais.”¹⁵⁸

A terceira verdade evidente em relação à essência humana é o *altruísmo limitado*. Mesmo que os homens não sejam monstros irracionais, estão subordinados às suas pulsões. Elas devem ser controladas. “As tendências para a agressão são suficientemente freqüentes para serem fatais relativamente à vida social, se não forem controladas.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Esta é a idéia de Hobbes da igualdade física entre os homens. Cf. supra.

¹⁵⁸ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 211.

¹⁵⁹ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 212.

O quarto truísmo diz respeito à *escassez de recursos* dos quais depende o homem para sobreviver. O homem é um ser social porque tem dificuldade de prover auto-suficientemente a tudo do que necessita para viver confortavelmente, e ainda desfrutar de momentos de lazer. O auxílio e respeito mútuo são necessários para assegurar a cada indivíduo uma chance de sobrevivência e um convívio com os demais, mais seguro e harmonioso.¹⁶⁰

O último dos truísmos levantados por Hart é ser o homem dotado de *compreensão e força de vontade limitadas*. Ainda que sejam evidentes os benefícios resultantes da associação humana, ou seja, da convivência dos homens em sociedade, sempre existirá um grupo de homens com tendência a desobedecer às convenções estabelecidas para regular a vida em sociedade. Para garantir a obediência e proteger aqueles que, por sua própria vontade, aceitam as abstenções mínimas necessárias, existe um ordenamento jurídico e à violação das normas, contidas neste ordenamento, são impostas sanções.

As “sanções” são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma garantia de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação voluntária num sistema coercivo.¹⁶¹

¹⁶⁰ Hart discorre sobre este tópico: “Constitui um simples fato contingente que os seres humanos necessitam de comida, roupas e abrigo e que estes bens não existem à mão com abundância ilimitada, mas sejam, pelo contrário, escassos, tenham de ser cultivados ou arrancados à natureza, ou tenham de ser construídos pelo esforço e trabalho humanos. Estes fatos tornam só por si indispensáveis certa forma mínima da instituição da propriedade (embora não necessariamente individual) e a espécie distintiva de regra que exige respeito por aquela. As formas mais simples de propriedade hão de ver-se em regras que vedam às pessoas em geral, diferentes do “proprietário”, a entrada ou o uso de terra ou a apreensão ou o uso de coisas materiais. Para que as colheitas cresçam, a terra tem de estar protegida de incursões indiscriminadas e a comida tem de, nos intervalos entre o seu crescimento ou colheita e consumo, estar protegida da apreensão pelos outros. Em todos os tempos e lugares, a própria vida depende destas abstenções.” (Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 212).

¹⁶¹ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 214.

A expressão *cooperação voluntária num sistema coercitivo* soa como uma contradição nos termos. O poder de coerção conferido a alguém, ou a um órgão, por um sistema jurídico não pode basear-se simplesmente na subjugação do homem pelo homem, por isso é comum a afirmação de “que um sistema jurídico deve basear-se num sentido de obrigação moral ou na convicção do valor moral do sistema”¹⁶². A influência da moral sobre o direito é evidente e inútil seria negá-la porque “entra no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial.”¹⁶³

A crítica do direito envolve muito mais que a afirmação de que um bom sistema jurídico deve ser compatível com os valores morais dominantes. A moral não é um fator estanque, deve-se tomar cuidado para não confundir sistema jurídico justo com moral dominante. Devem prevalecer os princípios de legalidade e justiça de forma concreta, porque a previsão legal da conduta faz parte de qualquer sistema jurídico pretensamente justo. Estes princípios conferem validade jurídica e resistência ao direito. “Um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas.”¹⁶⁴

Hart critica o positivismo jurídico na forma tradicional, pelo repúdio exagerado aos valores subjetivos. Destaca a forma exagerada pela qual é recusada a conexão entre o conteúdo das normas e o grau de contaminação moral que elas

¹⁶² Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 218.

¹⁶³ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, p. 220.

¹⁶⁴ Herbert Hart, *O Conceito de direito*, pp. 227-228.

possuem. Sua crítica está explícita na diferença entre o conceito de direito no sentido restrito e no sentido amplo. O conceito restrito é aquele formulado pelos positivistas, para quem o direito é um sistema e a moral é outro, e dois excluindo-se necessariamente, desprezando-se o direito enquanto fenômeno social (o monismo de Kelsen). O conceito amplo seria aquele em que o direito é um sistema que engloba o subsistema moral e, em última análise, o sistema jurídico deve estar sujeito ao exame moral: é o que Hart defende.

2.6. Norberto Bobbio: da norma ao ordenamento

Norberto Bobbio (Itália, 1909--) é o último autor cuja análise do positivismo jurídico será utilizada neste trabalho. Ele mesmo faz uma releitura das obras de Hans Kelsen e Herbert Hart e produz uma concepção extremamente didática e revisada da doutrina do positivismo jurídico.

Foi professor de filosofia do direito na Universidade de Camerino de 1935 a 1938. De 1938 até 1940 lecionou na Universidade de Siena, e de 1940 a 1948 na Universidade de Pádua. Em 1948 voltou à Universidade de Turim, onde concluiu seus estudos de graduação em direito, desta vez como professor. Além do reconhecimento acadêmico, Bobbio é uma figura importante no cenário político italiano. Sempre se comportou como um crítico ferrenho da corrupção. Foi simpatizante do movimento antifascista durante sua juventude (década de 30),

e opositor radical do terrorismo que vigorou na Itália nas décadas de 60 e 70.¹⁶⁵

Sua contribuição essencial à doutrina do positivismo jurídico é a sistematização do enfoque analítico do direito, o estudo do direito a partir do desenvolvimento de uma linguagem própria. Herdeiro do neopositivismo lógico, desenvolve a filosofia analítica -que faz da linguagem o objeto central da filosofia- no âmbito do direito. A preocupação central da escola analítica é transformar o direito em ciência, senão pura, como pretendia Kelsen, pelo menos tanto exata quanto possível.

Dentro desta concepção, o objeto de estudo do jurista são as proposições normativas. Para compreendê-las o operador jurídico deve seguir uma rigorosa descrição e delimitação dos conceitos jurídicos, transformando o discurso legislativo em um discurso rigoroso, com teor científico. A meta-teoria do direito propõe uma ciência do direito como uma meta-linguagem distinta de seu objeto. A atividade científica do jurista consiste na análise da linguagem utilizada pelo legislador na composição dos textos de lei. O legislador utiliza frequentemente

¹⁶⁵ Bobbio relata sua participação no movimento antifascista, em sua autobiografia: "Frequentando o ambiente antifascista, também eu fui detido na operação de maio de 1935 com a qual o regime tentou liquidar o grupo interno de Justiça e Liberdade (**Giustizia e Libertà**). Eu não era um militante. Não participei ativamente do movimento antifascista turinense daqueles anos, como fizeram Leone ou Vittorio ou Massimo Mila. O que significa participar ativamente? Mila explicou muito bem em *Scritti civili* (Turim, Einaudi, 1995): significava, por exemplo, levar notícias do movimento aos exilados na França, transportar na Itália material clandestino, livros, folhetos, manifestos e propaganda antifascista, fazer com que os artigos dos militantes italianos chegassem para ser publicados nos cadernos de **Giustizia e Liberta**, que eram impressos em Paris. Portanto era necessário contar com pessoas que, assim como Mila, soubessem escalar a montanha e cruzar a fronteira às escondidas. Naturalmente, na chefatura de polícia sabiam tudo sobre todos; conheciam os responsáveis. De fato, fui condenado a uma pena mais leve, a de repreensão*; poucos acabaram nas barras do Tribunal especial. Eu fazia parte do grupo de amigos que se reunia na esquina da avenida Sommeiller, em frente ao café Strocco (que depois passou a chamar-se Varesio). A polícia escutava nossos telefonemas e observava nossos passeios, mesmo quando nada tinham a ver com a política." (Norberto Bobbio, *Diário de um século*, p. 17-18).

* "Sanção administrativa que obriga o punido a permanecer em casa das nove da noite às seis da manhã." (Norberto Bobbio, *Diário de um século*, p. 25).

uma linguagem ambígua, vaga e incoerente. O jurista, enquanto intérprete, constrói a ciência do direito. A atividade do intérprete é imprescindível para a supressão das lacunas e antinomias do ordenamento jurídico. As lacunas são eliminadas pelo processo de integração, através do qual extrai-se uma proposição de outra, aplicando-se certas regras lógicas de transformação. As antinomias resolvem-se através da sistematização das normas, ou da elaboração de uma linguagem coerente e unitária que elimine o maior número de contradições possível.

Também é característica do conjunto de sua obra o enfoque simultaneamente complexo e didático que faz ao discorrer sobre os diversos aspectos do direito positivo. Sua postura jurídica, claramente positivista, fica evidente na leitura do conceito de direito que ele propõe.

Entre os múltiplos significados da palavra Direito, o mais estreitamente ligado à teoria do Estado ou da política é o do Direito como ordenamento normativo. Esse significado (...) abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos modos e das formas através das quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção.¹⁶⁶

Descrever o direito como um “ordenamento normativo ou conjunto de normas de conduta e de organização” é uma disposição tipicamente positivista. Um autor jusnaturalista invocaria a razão universal inerente ao homem, que lhe permite identificar normas justas, e, conseqüentemente, compreender o direito a

¹⁶⁶ Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, p. 349.

partir da concepção de justiça que ele alcança através da razão, parte constituinte da natureza humana.

Norberto Bobbio realiza um estudo da *teoria da norma jurídica*¹⁶⁷, seguida da *teoria do ordenamento jurídico*¹⁶⁸, onde defende que a norma só adquire sentido definitivo se analisada de acordo com o ordenamento jurídico ao qual pertence.

A passagem da norma ao ordenamento consiste em deixar de definir o Direito mediante os caracteres das normas jurídicas isoladamente consideradas –enquanto átomos idênticos que configuram a estrutura global- para começar a defini-lo pelos caracteres do conjunto de normas a que se denomina ordenamento jurídico.¹⁶⁹

Da mesma forma que preserva os critérios utilizados pelos positivistas que o antecederam, Bobbio prescreve um novo formato à teoria positivista. O resultado é a sistematização desta doutrina, buscando eliminar seus pontos fracos e revitalizar-lhe os fortes, preservando os princípios basilares, mas adaptando-os às novas tendências sociais e à necessidade de renovação constante do material teórico jurídico. Procura, assim, conferir maior credibilidade e mobilidade ao positivismo jurídico. “A abordagem científica é aquilo que, principalmente, Bobbio se propõe a salvar, as distinções que oferecem a possibilidade de

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1958.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Edunb, 1994.

¹⁶⁹ Em espanhol, no original: “El paso de la norma al ordenamiento consiste más bien en dejar de definir al Derecho mediante los caracteres de las normas jurídicas aisladamente consideradas –en cuanto átomos idênticos que configuran la estructura global- para comenzar a definirlo por los caracteres del conjunto de normas al que se llama ordenamiento jurídico.” (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofia y derecho en Norberto Bobbio*, p. 223).

abandonar do positivismo jurídico as partes caducas e conservar a essência, impondo a abordagem científica ao direito.”¹⁷⁰

O estudo da norma jurídica -ou regra de conduta- tem início com o reconhecimento do fato de que este tipo de norma pode ser submetido a três critérios de avaliação: sua validade, sua eficácia, e seu conteúdo em relação à justiça. Ou seja, uma norma jurídica pode ser válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, e ainda, justa ou injusta. Kelsen e Hart ficam restritos aos dois primeiros critérios de classificação, Bobbio introduz o critério da justiça como inerente à norma jurídica, tanto quanto os outros dois.¹⁷¹ Analisando estes dois critérios, confronta-os entre si e com o critério da justiça, e a partir da síntese dos três estrutura uma nova teoria da norma e do ordenamento jurídico.

O critério da justiça, ao contrário do que poderiam supor os positivistas mais dedicados, em nada se aproxima de deduções metafísicas ou juízos de valor, mas representam a pura verificação da correspondência entre o plano teórico e o plano da *práxis*, da verificabilidade em relação aos valores fundamentais (sociais, políticos, culturais,...) que determinam a produção de um ordenamento jurídico particular.

Não se trata aqui de definir a justiça como o faria um jusnaturalista, como um conjunto de valores inerentes ao homem, independentemente do tempo e do espaço. A justiça como critério de valoração normativo refere-se,

¹⁷⁰ Em italiano, no original: “L’approccio scientifico è ciò che, principalmente, Bobbio si propone di salvare, le distinzioni offrendo la possibilità di abbandonare del positivismo giuridico le parti caduche per conservarne l’essenza, appunto l’approccio scientifico al diritto.” (Uberto Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, p.24).

¹⁷¹ Em italiano, no original: “Di fronte a una qualsiasi norma giuridica, noi possiamo infatti porci un triplice ordine di problemi: 1) se essa sai giusta o ingiusta; 2) se essa sai valida o invalida; 3) se essa sai efficace o inefficace. Si tratta dei ter distinti problemi della giustizia, della validità e dell’efficacia di una norma giuridica.” (Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, p. 35).

especificamente, à correspondência da norma jurídica com os valores da sociedade que se questiona, não como um princípio universal. O critério da justiça permite que a norma seja avaliada da forma como ela *deveria ser*, e é, nestes termos, um critério de ordem *deontológica*. É um critério vinculado a um juízo de valor, objeto das teorias da justiça.

Os critérios da validade e da eficácia estão vinculados a juízos de fato. A validade da norma diz respeito à forma como ela está disposta no ordenamento jurídico. Ela pode ser facilmente classificada como válida ou inválida, porque os critérios para proceder a esta classificação são puramente objetivos. “Validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica”¹⁷²: a norma será válida se emanar da autoridade que está juridicamente legitimada para a sua produção, ou seja, se a autoridade responsável por sua confecção possui o poder –a prerrogativa- para tal, se ainda estiver em vigor -ou seja, não tenha sido revogada por norma posterior- se não desacatar uma norma específica -que regulava a mesma matéria- e, finalmente, se for compatível com as normas hierarquicamente superiores, considerado o ordenamento de que faz parte. A validade é a perspectiva positivista acerca do estudo da teoria geral do direito. O critério de validade é definido a partir de um raciocínio empírico comparativo do universo jurídico com o legislativo. A proporcionalidade destas duas dimensões possibilita a identificação do direito como ele *é*, e, portanto, fornece o critério *ontológico* de classificação da norma.

¹⁷² Em italiano, no original: “Validità giuridica di una norma equivale ad esistenza di quella norma in quanto regola giuridica.” (Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, p. 35).

O critério da eficácia refere-se ao cumprimento da norma por parte de seus destinatários. E mais, no caso de não ser concretamente obedecida, que seja legítimo ao poder estatal impor, coercitivamente, seu cumprimento, além de uma sanção ao seu desacato. A eficácia depende do comportamento observado no destinatário da norma, ou o sujeito para o qual o ordenamento jurídico em questão está dirigido. Está vinculada, historicamente aos costumes dos indivíduos de um agrupamento social e, conseqüentemente, corresponde ao critério *fenomenológico* do direito, a constatação do direito como é realizado pela sociedade, campo de pesquisa da sociologia jurídica.

Os critérios de valoração das normas são independentes entre si. Uma norma não precisa ser necessariamente válida, para que seja justa; não é necessariamente justa, ainda que eficaz, e; não é necessariamente eficaz, somente por ser válida.

O direito natural é exemplo clássico de um tipo de ordenamento justo que não é válido (não emana da autoridade competente para produzir a norma mas é considerado justo). Os ordenamentos jurídicos das sociedades que implementaram o regime segregacionista do *Apartheid*, na África do Sul, não podem ser classificados como justos, mas suas leis eram válidas. A *lei seca* que vigorava em alguns estados dos Estados Unidos da América, nos anos da depressão econômica, era válida, mas jamais encontrou eficácia, visto o fluxo de contrabando que fugia do controle das autoridades policiais. As regras de etiqueta, ou normas de sociabilidade, são eficazes, porque sua execução é observada pelos membros da sociedade, mas não emanam da competência de nenhuma autoridade,

portanto, não são válidas. As normas que definem os direitos fundamentais e as garantias individuais, positivadas na Constituição brasileira de 1988, como a que determina os parâmetros para o cálculo do salário mínimo¹⁷³, são normas justas, porém ineficazes, porque os destinatários da norma –os órgãos responsáveis pela fixação do teto mínimo- ignoram o conteúdo da lei. Finalmente, os regimes políticos escravagistas são exemplos de ordenamentos jurídicos eficazes, mas desprovidos de justiça.¹⁷⁴

Dos três critérios de valoração do direito, o mais controverso é o critério de justiça, porque a definição deste vocábulo, como demonstrado no capítulo primeiro deste trabalho, possui diversas acepções. Mesmo se forem considerados apenas autores jusnaturalistas, as concepções de justiça são as mais variadas, porque ela remete aos fundamentos da natureza, e o que parece *natura?* a alguns –trivial, corriqueiro, espontâneo- não o é para outros.

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) era natural a liberdade, mas para Aristóteles era natural a escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley a Morelly, o instituto mais conforme à natureza humana era a comunhão dos bens.¹⁷⁵

¹⁷³ “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, p.12).

¹⁷⁴ Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, p. 39-43.

¹⁷⁵ Em italiano, no original: “Per Kant (e in genere per tutti i giusnaturalisti moderni) era naturale la libertà; ma per Aristotele era naturale la schiavitù. Per Locke era naturale la proprietà individuale, mas per tutti gli utopisti socialisti, da Campanella a Winstanley a Morelly, l’istituto più conforme allá natura dell’uomo era la comunione dei beni”. (Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, p. 51).

A inclinação jusnaturalista tem como premissa condicionar a validade das normas à sua conformidade com o critério de justiça de uma sociedade. Se esta posição fosse inteiramente defensável, qualquer homem poderia invocar o descumprimento de uma lei que considera injusta, já que é notório ser o conceito de *justiça* extremamente subjetivo. Se a validade for exclusivamente condicionada à justiça, desaparece a segurança jurídica construída a partir da certeza facultada à norma através de sua validade.

Reduzir a justiça à validade -postura adotada por Hobbes- pode ser o erro de raciocínio que permitirá a justificação teórica do poder absoluto do estado, e a conseqüente prerrogativa de reduzir a justiça ao poder de força, ou de implementar, pelo poder de coerção característico do estado, a lei válida, porque produzida por órgão legitimamente competente para legislar. Se for implementada definitivamente a redução da justiça à validade, o resultado será o domínio da lei do mais forte e desaparecerá qualquer critério de equidade, e a legitimidade dos órgãos políticos será indubitavelmente questionada.

As dificuldades presentes na tentativa de relacionar os critérios de valoração da norma -justiça, validade e eficácia- alcançam outra dimensão quando a norma é inserida dentro de um ordenamento. A norma é a menor partícula de um ordenamento jurídico e não existe enquanto realidade autônoma. É preciso compreender a norma jurídica como parte de um organismo constituído de várias normas, dispostas hierarquicamente, e estruturado de forma a possibilitar a análise sistemática.

Para elaborar a teoria do ordenamento jurídico, em primeiro lugar, Bobbio faz o seguinte destaque: “Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.”¹⁷⁶ A coerência a que se refere o autor está em formular um conceito de sistema que permita a identificação das normas como elementos componentes do mesmo ordenamento.

A partir da definição da palavra sistema, torna-se mais fácil compreender o significado de ordenamento. Um *sistema*, segundo Bobbio, pode ser entendido de três modos diferentes. Na primeira acepção “um ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico.”¹⁷⁷ Como, por exemplo, um *sistema dedutivo*.

Numa segunda acepção, da jurisprudência sistemática, “o termo sistema é usado (...) para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais.”¹⁷⁸

Uma terceira maneira de entender o sistema seria a de considerá-lo um ordenamento jurídico. Neste caso “constitui um sistema porque não podem

¹⁷⁶ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.71.

¹⁷⁷ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.77.

¹⁷⁸ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p.78.

coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas.”¹⁷⁹

À situação em que ocorre *incompatibilidade de normas* denomina-se antinomia, que requer duas condições: que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e tenham o mesmo âmbito de validade.

A partir da constatação de que existem antinomias num determinado sistema, e que nem por isto este deixa de ser um sistema ou ordenamento jurídico, Bobbio explica alguns critérios para a solução das antinomias: cronológico, hierárquico e critério da especialidade.

O critério cronológico é aquele que determina que, quando da incompatibilidade de duas normas igualmente válidas, prevalece a que foi editada por último presumindo-se que, sendo mais atual, melhor responda aos anseios sociais eminentes. A doutrina adota a máxima *lex posterior derogat priori*.

De acordo com o critério hierárquico, na ocorrência da incompatibilidade de duas normas pertencentes ao mesmo ordenamento, estando uma colocada em posição superior na pirâmide hierárquica das normas, ela prevalecerá sobre a inferior. Doutrinariamente afirma-se que *lex superior derogat inferiori*. “(...) A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 80.

¹⁸⁰ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 93.

O terceiro critério utilizado determina *lex specialis derogat generali*. Isto significa que quando uma lei regula uma situação de forma específica, deve prevalecer sobre outra lei que regulamente esta situação de forma mais genérica. “A passagem de uma regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.”¹⁸¹ A produção de uma lei especial representa uma evolução do ordenamento jurídico, no sentido de tratar com maior cuidado um tema abordado numa lei anterior, mais ampla. Este fato não pode ser ignorado.

Haverá situações em que estes critérios revelar-se-ão insuficientes, quando ocorrerem antinomias entre normas contemporâneas, do mesmo nível hierárquico, ambas gerais. Para solucionar esses casos, Bobbio coloca uma hierarquia entre os critérios. O critério hierárquico prevalece sobre os outros dois, e o critério de especialidade prevalece sobre o cronológico. No entanto, ressalva-se a importância do intérprete na solução das antinomias, porque ele deve estar sempre atento às mutações sociais, econômicas e políticas.

A eliminação das antinomias não é apenas uma necessidade, é um dever. A incompatibilidade entre duas normas deve ser sempre eliminada para a credibilidade do ordenamento jurídico e a preservação do sentimento de segurança jurídica na sociedade.

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza, e a exigência

¹⁸¹ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 96.

da justiça. Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o **igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.**¹⁸² (sem grifo no original)

Esta passagem traduz um segundo conceito de justiça na concepção de Norberto Bobbio: a justiça como equidade. Assim como Hart antes dele –que destaca *justice as fairness*– Bobbio propõe medidas iguais para os iguais, e conseqüentemente, tratamento desigual aos que possuem desigualdades explícitas.

Além da coerência, outro pressuposto essencial para a existência de um ordenamento jurídico é sua completude. A diferença as duas é que um sistema incoerente pressupõe a existência de uma antinomia (duas normas contraditórias regulando a mesma conduta), enquanto um sistema incompleto pressupõe a existência de uma lacuna (uma determinada conduta que não possui norma a respeito).

Por ‘completude’ entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente ‘lacuna’, ‘completude’ significa ‘falta de lacunas’. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.¹⁸³

O dogma da completude coloca o ordenamento jurídico como um sistema onde não existem lacunas, reforçando a onipotência estatal. Este tipo de argumento é delicado pois apesar dos esforços do legislador, é notório que

¹⁸² Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 113.

¹⁸³ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 115.

faticamente existem casos concretos em que o não há previsão legal, exigindo subsídios para a aplicação de uma solução ao caso concreto.

A crítica em relação à completude é que, por um lado ocorre um envelhecimento dos códigos, causado pela evolução gradativa da sociedade, por outro lado, além da evolução podem ocorrer mutações e transformações repentinas da sociedade (Revolução Francesa, Industrial), tornando a legislação obsoleta e insuficiente.

Além da referência à existência de lacunas jurídicas, ou seja, incompletude do ordenamento jurídico, ausência de norma que regulamente uma conduta, Bobbio levanta a hipótese da lacuna ideológica. A hipótese se concretiza quando o juiz depara-se com uma situação em que para uma determinada conduta existe regulamentação através de norma, mas ele não pode concordar com a aplicação desta norma como satisfatória à dissolução do conflito. Para a dissolução das lacunas, apresentam-se duas possibilidades de garantir ao cidadão, que recorre ao judiciário, uma resposta satisfatória ao caso que ele apresenta, mesmo que não exista resposta específica no ordenamento. *Heterointegração* é o método pelo qual o juiz procura resolver o caso concreto recorrendo a ordenamentos diversos (que possam aproximar-se em diversos aspectos do seu próprio sistema jurídico), ou recorre a fontes diversas da dominante (lei), mas pertencentes ainda a este ordenamento. Entre estas fontes alternativas estão os princípios gerais do direito e os juízos de equidade do próprio juiz, intérprete da norma e do ordenamento. *Autointegração* é o método pelo qual o juiz resolve a situação de fato, recorrendo à fonte dominante dentro do seu próprio

ordenamento, com o mínimo de recurso a fontes diversas da dominante (sem o que não haveria necessidade de autointegrar).

Ainda é possível eliminar as lacunas com a *analogia*: inexistindo norma aplicável à uma determinada conduta, o juiz opta pela aplicação de um dispositivo usado em situação semelhante, regulada efetivamente no ordenamento.

Bobbio é considerado positivista porque, no decorrer de sua obra *O Positivismo jurídico*, enquanto define a doutrina também incorre em sua defesa. Sua teoria é muito mais abrangente que a dos autores precedentes. Enquanto Kelsen não admite a existência de lacunas, Bobbio não somente as admite, mas propõe soluções para preenchê-las. A proposição de soluções é necessária para vencer os obstáculos ao funcionamento do ordenamento e fazer compreender a teoria que desenvolve, buscando-lhes soluções viáveis e imediatas, melhorar o funcionamento e a aplicabilidade do ordenamento.

CAPÍTULO 3: O CONCEITO DE JUSTIÇA COMO ELEMENTO DO PARADIGMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la Idea de justicia. (...)

¿Qué es la justicia? ¿Una virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional? Estas y muchas otras respuestas extremadamente divergentes entre sí fueron dadas por filósofos serios a lo largo de una extensa historia del pensamiento dedicado a desvelar esta incógnita.

Carlos Santiago Nino, Justicia

3.1. Considerações preliminares

O direito foi interpretado enquanto justiça, em diversas aproximações, desde a origem lingüística -etimológica- da palavra até meados do século XVIII. Aristóteles, no século IV a.C., atribuía à justiça e por associação, ao direito, o sentido de equidade. A interpretação aristotélica de justiça é o primeiro marco teórico relevante da análise do direito enquanto justiça, presente no capítulo primeiro.

O segundo marco teórico, da aceção do direito enquanto justiça, colocado sob enfoque, foi desenvolvido por Thomas Hobbes, na Idade Moderna (século XVII). Este autor destacava a necessidade da paz social enquanto equilíbrio comunitário que possibilitasse a convivência entre os homens, que são iguais por natureza.

O terceiro marco teórico relevante, para a compreensão do direito enquanto justiça, foi elaborado no século XVIII, durante o movimento Iluminista, por Immanuel Kant. Ele associa a idéia de justiça à de liberdade. Atribui ao livre arbítrio a essência da capacidade humana de respeitar as leis, como forma de respeito ao seu semelhante e a si mesmo, representando a possibilidade de ter suas individualidade e liberdade respeitadas.

Em linhas gerais, o conteúdo do primeiro capítulo envolve a análise do conceito de direito enquanto justiça. Em oposição a este conceito, o capítulo segundo propõe a compreensão do direito através do conceito de norma: o enfoque positivista. A ênfase do positivismo jurídico é colocada na *forma* como é

apresentado o direito, a importância da posituação das leis por um órgão legitimamente incumbido da produção legislativa. O *conteúdo* do direito e sua proximidade com os valores morais e com a idéia de justiça permanecem em segundo plano.

A partir do século XIX, com o triunfo da visão positivista sobre o Direito, perde-se o vínculo metafísico, próprio do pensamento jusnaturalista, que garantia uma certa racionalidade na apreensão do fenômeno jurídico, de vez que, a partir desse momento, postula-se que não há leis naturais prescritivas que estabeleçam padrões de conduta válidos eterna e universalmente, e que possam ser inferidos da “natureza” humana, da razão do homem ou de estruturas essenciais de realidade.¹⁸⁴

No estudo do paradigma jusnaturalista, a associação do conceito de direito com o de justiça é essencial. Os elementos que definem a justiça para os autores analisados –Aristóteles, Hobbes, Kant- ou seja, os conceitos fundamentais para compreender o direito enquanto materialização da justiça são: igualdade, paz, liberdade. Outros são os conceitos elementares para o estudo do paradigma positivista, que revela como elementos essenciais os conceitos de validade, eficácia e vigência. “A teoria positivista do direito sustenta basicamente que o único objeto da ciência do direito é o direito ditado pelos homens e que, além disto, a teoria possua os métodos adequados para determinar o que é que estabelece o direito.”¹⁸⁵ Os autores que se destacam na abordagem destes conceitos e no desenvolvimento da teoria positivista são: Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

¹⁸⁴ Sérgio Cademartori, *Estado de direito e legitimidade*, p. 43.

¹⁸⁵ Em espanhol, no original: “La teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia Del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría pose los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho.” (Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, p. 209).

Kelsen é o positivista contemporâneo mais notório. Publica em 1934 a *Teoria pura do direito*, o marco de ruptura com a concepção da metafísica jurídica e que tem por objetivo a depuração do direito em relação a qualquer elemento estranho, que impossibilite sua aproximação científica e neutra. “O enfoque positivista clássico kelseniano defendia o *positivismo metodológico* segundo o qual o único objeto da ciência do direito é o direito positivo”.¹⁸⁶ A idéia é eliminar do universo jurídico os juízos de valor e concentrar a análise substancial nos fatos. Os fatos descritos nas normas produzidas pelo poder legislativo compõem o conjunto dos fatos típicos. A previsão legal de um fato, outorga-lhe *status* de fato jurídico e esta previsão é o único instrumento legítimo para a materialização do direito, que é composto por um conjunto de normas positivadas por legislador autorizado à produção legislativa do Estado. Elas são, em seguida, classificadas e ordenadas hierarquicamente numa estrutura piramidal em cujo ápice está a *norma fundamental*. As normas positivas, sendo a descrição de fatos, não permitem análises subjetivas e o intérprete da lei deve abster-se de juízos de valor e limitar sua atividade a um raciocínio silogístico que conserve a relação fato-norma (juízos de fato).

Herbert Hart possui uma visão um pouco mais flexível que a de Kelsen. A *norma fundamental* de Kelsen é reformulada enquanto *regra de reconhecimento*, que não representa o fundamento último do ordenamento jurídico, mas é o instrumento que separa as regras jurídicas das de outra natureza.

¹⁸⁶ Em espanhol, no original: “El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el *positivismo metodológico* según el cual el único objeto de la ciencia Del derecho es el derecho positivo.” (Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, p. 209).

Hart não elimina a moral do universo jurídico, seu esforço está concentrado na distinção entre as normas jurídicas e morais e os limites do direito. “...Um dos objetivos fundamentais de Hart –e também da sua escola- foi estabelecer os limites do direito e distinguir os elementos jurídicos dos extrajurídicos. Sua regra de reconhecimento é construída precisamente para identificar o direito.”¹⁸⁷

Conclui-se o capítulo 2 e a abordagem positivista do direito com a análise da concepção bobbiana da norma e do ordenamento jurídico. Norberto Bobbio sistematiza o pensamento positivista, insere a discussão normativa no contexto mais amplo do ordenamento jurídico e apresenta os critérios de justiça, validade e eficácia da norma como critérios independentes.¹⁸⁸ A teoria do direito não é mais a teoria da norma jurídica, mas do ordenamento, porque a norma não pode ser considerada enquanto elemento isolado; seu sentido, sua interpretação dependem de sua inserção dentro de um ordenamento jurídico enquanto um universo lógico. Além de apresentar a norma como parte da estrutura que é o ordenamento jurídico, Bobbio ainda introduz a teoria analítica no direito, instrumento que permite lapidar as disfunções ignoradas por Kelsen, otimizar as contribuições de Hart e remover do ordenamento as incoerências causadas pelas antinomias e as incompletudes resultantes das lacunas.

¹⁸⁷ Em espanhol, no original: “...uno de los objetivos fundamentales de Hart –y también de su escuela- fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho.” (Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, p. 209).

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 1958

A pré-história marca o período em que o homem ainda não habitava a terra. O homem, por sua vez, atravessou a Idade da Pedra (lascada, polida), a Idade Antiga, a Idade Média, a Idade Moderna, até que uma série particular de acontecimentos parece ter rompido a “estrutura moderna” de compreensão da história (sistema de organização política, economia, relações internacionais, relações interculturais, etc.). Estes acontecimentos, de ordem mundial, são os que cercam as duas grandes guerras do século XX, suas causas e conseqüências, conduzindo o homem à Idade Contemporânea (cujo marco histórico é a Revolução Francesa). O momento, que perdura, e que identificamos como a história contemporânea ainda é uma incógnita.

Os elementos que caracterizam a *Idade Contemporânea* (o desencantamento do mundo, a revolução científica e tecnológica) vêm-se transformando desde o período que envolve as duas grandes guerras. Mudou o sistema econômico (ou melhor, o capitalismo sofreu algumas modificações), mudaram as políticas mundiais, mas acima de tudo, mudou a forma como as pessoas se relacionam no mundo. Os reflexos das políticas econômicas na sociedade, que conduzem os trabalhadores à mais absoluta miséria, criam elementos de identificação entre os sujeitos, que evocam a compreensão do outro como um semelhante, alguém que sofre as mesmas angústias e atravessa as mesmas incertezas.

Se as características que identificaram a *era moderna* da história humana estão se transformando (industrialização, capitalismo, liberalismo econômico, monarquias absolutistas, etc), ainda não estão identificados os

elementos caracterizadores da *nova era*. Este momento não está definido conceitual ou teoricamente, mas é denominado, pelos historiadores, de *modernidade* ou *pós-modernidade*. Enfim, este “momento” de transição é o que se impõe. Pode-se dizer que é um momento de crise¹⁸⁹, que para Antônio Gramsci é o momento em que está evidentemente ultrapassado –morto- o velho, mas o novo não está pronto ainda para nascer. Não existe, pois, consenso teórico acerca do *momento*.

No âmbito jurídico, a crise revela-se em três aspectos: (1) crise de legalidade; (2) crise estrutural, e: (3) crise do Estado nacional. A primeira está vinculada à perda “do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos”, expressa “na ausência ou na ineficácia dos controles, portanto, na variada e chamativa fenomenologia da ilegalidade do poder”.¹⁹⁰ O aspecto estrutural da crise refere-se à “inadequação estrutural das formas do estado de direito às funções do *Welfare state*”, ou seja, da “contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, que consiste num conjunto de limites e proibições impostos aos poderes públicos (...) e o Estado social, que, pelo contrário, demanda aos próprios poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas.”¹⁹¹ Finalmente, a crise do Estado nacional “manifesta-se na mudança

¹⁸⁹ “Chama-se crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame”. (Gianfranco Pasquino, *Dicionário de política*, p. 303).

¹⁹⁰ Em espanhol, no original: “... Crisis de legalidad, es decir, Del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenologia de la ilegalidad del poder.” (Luigi Ferrajoli, *El Derecho como sistema de garantías*, p. 61).

¹⁹¹ Em espanhol, no original: “El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es el de la inadecuación estructural de las formas Del estado de derecho a las funciones del *Welfare state* (...). Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción

dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por conseguinte, num debilitamento do constitucionalismo”.¹⁹²

Mas a insegurança que gera toda época de crise não é totalmente negativa pois constitui um inestimável estímulo para a reflexão e a criação filosófica. Parece que neste clima de crise a filosofia jurídica e política pode contribuir muito eficazmente à disposição de problemas importantes, à crítica das soluções tradicionais e a proposta de soluções que o tempo demonstrará se são mais adequadas que as tradicionais.¹⁹³

A definição de um novo paradigma jurídico impõe a compreensão de um elemento fundamental -e seus respectivos conceitos teóricos- que uma vez compreendido, possibilitará a construção deste modelo: a justiça. Os espaços econômicos, políticos e sociais serão definidos para o senso comum teórico jurídico insurgente a partir da formulação deste conceito.

entre el paradigma clásico Del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad (...).” (Luigi Ferrajoli, *El Derecho como sistema de garantías*, p. 61).

¹⁹² Em espanhol, no original: “Hay un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la crisis del estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento Del constitucionalismo.” (Luigi Ferrajoli, *El Derecho como sistema de garantías*, p. 61).

¹⁹³ Em espanhol, no original: “Pero la inseguridad que genera toda época de crisis no es totalmente negativa pues constituye un inestimable estímulo para la reflexión y la creación filosófica. Me parece que en este clima de crisis la filosofía jurídica y política puede contribuir muy eficazmente al planteamiento de problemas importantes, a la crítica de las soluciones tradicionales y a la propuesta de soluciones que el tiempo demostrará si son más adecuadas que las tradicionales.” (Albert Calsamiglia, *Problemas abiertos en la filosofía Del derecho*, p. 43).

3.2. Um novo paradigma para o direito

As modificações nas diversas dimensões das relações internacionais (política, econômica, tecnológica, cultural, etc) exigem uma atitude dos juristas que permita ao direito acompanhar a sociedade na resolução dos novos impasses. Se o paradigma jusnaturalista envolve muitos conceitos abstratos e metafísicos, o juspositivista permitiu a justificação dos regimes totalitários através da defesa da validade da lei, fundamentada nos procedimentos legais dos órgãos autorizados à produção legislativa.¹⁹⁴

Através da disseminação do formalismo, o conteúdo do direito ficou reduzido a uma esfera secundária, e a validade da forma incorporou a validade do conteúdo, que, nos regimes totalitários, permitiu que atrocidades e crimes contra a humanidade fossem regulamentados.

O positivismo jurídico –e sua filosofia subjacente depuradora de todos os valores e idéias de justiça- recebe fortes críticas e acusa a crise. É evidente que numa época como a atual, em que se demonstra que os valores herdados são incapazes para resolver os problemas que se colocam ao jurista, este não pode continuar mantendo dogmaticamente *a norma pela norma* pois não se pode esquecer que a norma incorpora um critério de decisão que pode ser mais ou menos eficiente.¹⁹⁵

¹⁹⁴ “As dificuldades do Estado de Direito clássico para assegurar os seus próprios pressupostos manifestam-se nas primeiras décadas do século XX ao verificar-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e sua *práxis* social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado.” (Sérgio Cademartori, *Estado de direito e legitimidade*, p. 26).

¹⁹⁵ Em espanhol, no original: “El positivismo jurídico –y su filosofía subyacente depuradora de todos los valores e ideas de justicia- recibe fuertes críticas y acusa la crisis. Es evidente que en una época como la actual, en la que se demuestra que los valores heredados son incapaces para resolver los problemas que se plantean al jurista, este no puede continuar manteniendo dogmáticamente la norma por la norma pues no hay que olvidar que la norma incorpora un criterio de decisión que puede ser más o menos eficiente.” (Albert Calsamiglia, *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, p. 43).

O novo paradigma jurídico está sendo construído fundamentalmente a partir da transição da concepção política de *Estado de direito* para a de *Estado constitucional de direito*, e teoricamente na transição do *positivismo* para o *pós-positivismo*. A concepção de estado constitucional de direito permite a superação da idéia de que o estado fundamentado na vigência de suas leis é legítimo, independentemente de seu conteúdo.

Existe um conjunto particular de direitos que são indisponíveis, inoponíveis, fundamentais aos indivíduos, que não podem ser negociados, usurpados. São denominados direitos fundamentais e devem ser protegidos incondicionalmente. Por sua importância devem constar do texto da lei fundamental de uma sociedade: o texto constitucional. Os direitos denominados doutrinariamente de direitos humanos estão protegidos positivamente, enquanto direitos individuais, por garantias fundamentais.¹⁹⁶

É considerada pós-positivista “toda aquela teoria que ataca as duas teses mais importantes do positivismo conceitual: a tese das fontes sociais do direito e a não conexão necessária entre o direito e a moral.”¹⁹⁷ Assim como o positivismo não é a superação do jusnaturalismo, também o pós-positivismo não significa necessariamente a superação do paradigma positivista. O termo é usado para denominar as teorias que surgem, cronologicamente, após o paradigma

¹⁹⁶ No Brasil, os direitos e garantias fundamentais constam do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil e estão elencados no artigo 5º.

¹⁹⁷ Em espanhol, no original: “...es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral.” (Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, p. 209).

positivista, e contém a proposta de revisar as duas teses fundamentais do positivismo.

O nascimento de um novo consenso teórico não indica superação, evolução, modernização em relação ao paradigma anterior, mas propõe a interpretação da realidade –no caso a realidade jurídica- de uma forma diferente. Muda o enfoque, o que não significa que exista evolução. O ponto de convergência das concepções teórica e política é, precisamente, a idéia de justiça. O fundamento do *estado constitucional de direito* é a posituação dos direitos humanos, os direitos invioláveis, que são devidos por justiça; as teorias *pós-positivistas* centralizam seu enfoque na discussão das duas premissas teóricas do juspositivismo, quais sejam, a das fontes sociais do direito e a distinção entre direito e moral.

A introdução da questão dos direitos humanos no debate jurídico traz a discussão acerca dos princípios gerais de direito, da equidade, da justiça, para a esfera jurídica. O estado constitucional de direito propõe que o texto constitucional seja o refúgio dos direitos invioláveis do ser humano, que devem ser protegidos com mais rigor que os demais, já que da proteção dos direitos fundamentais vai depender toda a legitimidade do sistema jurídico. Do conteúdo do texto constitucional vai derivar toda a produção legislativa. A construção do novo paradigma jurídico depende da compreensão desta premissa. “Para a construção deste modelo seria necessário abandonar o pressuposto segundo o qual

o direito é meramente um conjunto de normas e colocar em evidência o papel que os princípios exercem nos ordenamentos jurídicos.”¹⁹⁸

O modelo político de estado constitucional de direito é a forma de garantir a imposição de limites aos poderes estatais, principalmente o executivo. A supremacia e a rigidez das normas constitucionais em relação às demais disposições legislativas permite que a eficácia da proteção dos direitos humanos fundamentais seja a linha limítrofe entre a legitimidade e o abuso do poder. A legitimidade de qualquer estado de direito depende da proteção desta espécie peculiar de direitos, porque são individuais -porque regulamentam a defesa dos direitos de cada indivíduo enquanto sujeito de direitos *humanos*- e ainda assim inclusivos -porque sua regulamentação é desfrutada por todos os homens que compõem a sociedade onde estes direitos estão constitucionalmente protegidos. São ainda históricos, irrenunciáveis e imprescritíveis; são prerrogativas do indivíduo frente ao estado e são decorrentes de um acordo entre os homens, expressando um consenso geral.¹⁹⁹ É importante que a inviolabilidade de cada indivíduo não o seja para cada indivíduo em particular mas para o conjunto dos indivíduos de uma coletividade.

Garantindo-se a defesa dos direitos humanos, garante-se a defesa do sistema democrático de governo. Para compreender profundamente o sentido do termo é preciso desvencilhar o conceito de democracia da associação pura e direta

¹⁹⁸ Em espanhol, no original: “Para la construcción de este modelo sería necesario abandonar el presupuesto según el cual el derecho es meramente un conjunto de normas y poner de manifiesto el papel que los principios ejercen en los ordenamientos jurídicos.” (Albert Calsamiglia, *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, p. 43).

¹⁹⁹ Sérgio Cademartori, *Estado de direito e legitimidade*, p. 33-34.

à regra da maioria, falácia democrática. A própria democracia está ameaçada se for reduzida à regra da maioria: “precisamente quando se fala de direitos individuais deve-se partir do pressuposto de que são inalienáveis e que nenhuma maioria nem nenhuma utilidade social pode violar.”²⁰⁰ Existem certos direitos sobre os quais nem a maioria pode deliberar. Se esta hipótese fosse admitida, os direitos fundamentais não seriam inalienáveis, como são por essência. “Esses Direitos naturais positivados, (...) denominados ‘direitos fundamentais’ passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza.”²⁰¹

A decisão da maioria não é garantia de aplicação da justiça. A maioria é uma entidade abstrata: pode equivocar-se e não ser responsabilizada por seu equívoco. O regime democrático garante a liberdade de expressão, e a expressão da maioria é a forma democrática de decidir, nem por isso a maioria pode decidir anular os direitos humanos, que são inerentes aos indivíduos antes da existência do regime democrático, e prevalecem mesmo que a democracia seja substituída por outra forma de governo.²⁰²

O texto constitucional é o objeto de estudo das novas teorias. Hierarquicamente superior em relação aos outros textos legislativos, a rigidez e a supremacia de sua *forma* permitem a proteção de direitos especiais, fundamentais,

²⁰⁰ Em espanhol, no original: “Precisamente cuando se habla de derechos individuales se debe partir del presupuesto de que son inalienables y que ninguna mayoría ni ninguna utilidad social puede violar.” (Albert Calsamiglia, *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, p. 43).

²⁰¹ Sérgio Cademartori, *Estado de direito e legitimidade*, p. 32-33.

²⁰² Em espanhol, no original: “Las mayorías (...) pueden equivocarse; es decir, la legitimidad democrática puede producir cosas injustas. Legitimidad y justicia no eran, no son exactamente lo mismo; aunque por supuesto que tienen mucho que ver entre si.” (Eliás Díaz, *Legitimidad y justicia: la constitución, zona de mediación*, p. 349).

os direitos humanos, positivados em seu *conteúdo*, e previne, de certa maneira, o ataque a estes direitos invioláveis. “Esta legalidade constitucional, não qualquer legalidade (...), senão esta de caráter fundamental constitucional, é assim ponto de encontro da legitimação social, da legitimidade democrática e da (relativa, histórica) justiça material.”²⁰³

3.3. Da teoria do ordenamento à teoria da justiça

A transição da concepção teórica do direito da teoria do ordenamento à teoria da justiça é essencial para entender a formação de um novo modelo jurídico teórico. Assim como o positivismo é sintetizado, na obra de Bobbio (ponto 2.6), através da captura intelectual do conceito de ordenamento como catalisador do conceito de norma, o novo consenso jurídico exige a percepção da necessidade de superar a idéia de ordenamento e introduzir a teoria da justiça no universo jurídico.

Se a palavra *evolução* não parece adequada, a transição pressupõe indubitavelmente um acréscimo teórico para o desenvolvimento do direito. Ao desenvolver a teoria do ordenamento jurídico, Bobbio sistematiza o pensamento positivista e fortalece o próprio conceito de norma, que é a menor partícula do sistema normativo. É novamente através da obra bobbiana que se vislumbra a explanação da passagem da teoria do ordenamento à teoria da justiça e o seu

²⁰³ Em espanhol, no original: “Esa legalidad constitucional, no cualquier legalidad (que “algo” puede representar también), sino esa de carácter fundamental constitucional, es así punto de encuentro de la legitimación social, la legitimidad democrática y la (relativa, histórica) justicia material.” (Elias Díaz, *Legitimidad y justicia: la constitución, zona de mediación*, p. 351).

significado na construção de um paradigma jurídico que estabeleça um retorno à valorização do conteúdo do direito, mas sem desprezar a contribuição das teorias anteriores para a formulação de um modelo pleno.

Aos que poderiam argumentar que Bobbio não parece uma escolha acertada para a introdução da teoria da justiça. Sendo teórico do positivismo, autor que sistematizou este pensamento e mesmo classificando-se como cientista do direito positivista²⁰⁴, é um filósofo.

Seus interesses teóricos iniciais foram fundamentalmente filosóficos e desde os anos 30 até hoje sua complexa evolução intelectual o situa entre as testemunhas mais qualificadas das idas e vindas da filosofia contemporânea: deu seus primeiros passos da mão do idealismo italiano e da fenomenologia, se encontrou depois com o existencialismo e o marxismo, conectou no pós-guerra com um movimento neo-iluminista aproximado das correntes empiristas e analíticas do momento, e em 68, acreditando fracassada sua intenção de renovar a cultura italiana, começou a manifestar seu desengano da filosofia. Mas como ocorria ao personagem de Molière, continuava fazendo filosofia mesmo quando acreditava repudiá-la.²⁰⁵

Bobbio é contemporâneo do paradigma positivista; o positivismo impregna toda sua obra. Mas é contemporâneo das idéias que a pouco e pouco estão edificando um novo modelo jurídico -pós-positivista- voltado à retomada do

²⁰⁴ Trechos de uma carta escrita por Bobbio ao autor da obra infra citada: "...En mis escritos no existe una teoría de la justicia que pueda ser puesta al lado de la teoría del Derecho (quiero decir, teoría de la norma y del ordenamiento)." Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 309).

²⁰⁵ Em espanhol, no original: "Sus intereses teóricos iniciales fueron fundamentalmente filosóficos y desde los años 30 hasta hoy su compleja evolución intelectual le sitúa entre los testigos más cualificados de las idas y las venidas de la filosofía contemporánea: dio sus primeros pasos de la mano del idealismo italiano y de la fenomenología, se encontró después con el existencialismo y el marxismo, conectó en la postguerra con un movimiento neoiluminista en proximidad con las corrientes empiristas y analíticas del momento, y hacia el 68, creyendo fracasado su intento de renovar la cultura italiana, comenzó a manifestar su desengaño de la filosofía. Pero como le ocurría al personaje de Molière, seguía haciendo filosofía incluso cuando creía repudiarla." (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 15).

valor jurídico da justiça e sua relevância teórica. Se foi cuidadoso na elaboração de sua obra, distinguindo o conceito de justiça do conceito de direito, e separando-o do conteúdo essencial de sua teoria do ordenamento, em sentido lato, é inegável o fato de que é possível a interpretação da teoria bobbiana enquanto teoria da justiça,²⁰⁶ principalmente se forem levados em consideração os seus escritos filosófico-políticos. Este traço revela-se através da defesa incondicional dos direitos humanos, presente em diversas de suas obras,²⁰⁷ na fundamentação da justiça de acordo com a igualdade entre os homens, a posição ideológica na proteção da liberdade individual, o ativismo político contra o regime fascista totalitário na Itália e sua postura acadêmica através dos anos.

Se a postura pós-positivista não é assumida publicamente -nem a presença da teoria da justiça na sua produção teórica, que envolve, além da teoria do ordenamento, as teorias do direito, do estado, da norma, estrutura e função, e muito mais- os traços desta ideologia provocam a discussão, o questionamento do paradigma positivista como o mais adequado ao direito, instrumento de dissolução de controvérsias entre os homens. Esta ideologia instiga o surgimento das teorias de superação do paradigma positivista, a transição do positivismo ao pós-positivismo, a transmutação da teoria jurídica enquanto teoria do ordenamento, para a teoria da justiça.

²⁰⁶ "Ahora bien, si 'teoría de la justicia' se entiende en un sentido más amplio -no necesariamente impropio-, hay suficientes indicaciones en la obra bobbiana que pueden servir como base para la reconstrucción de un diseño tendencialmente coherente y completo de esa teoría." (Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, p. 310).

²⁰⁷ Conferir a bibliografia no fim deste trabalho.

Alguns autores destacam-se na construção do novo paradigma. Seus nomes e obras são reiteradamente citados nas obras de todos os outros. Transcendem o universo em que possuem participação ativa, causam polêmica com suas obras, apresentam conceitos sólidos, representam o alicerce onde todas as outras obras encontrarão seu fundamento. Os autores deste calibre que representam a contribuição essencial para a realização do objetivo do último capítulo desta dissertação são: John Rawls, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin aqui apresentados (cronologicamente, de acordo com sua data de nascimento).

3.4. A Justiça sob a perspectiva de John Rawls

Os autores que trabalham hoje com o conceito de estado democrático de direito e o resgate da igualdade dos homens enquanto elemento fundamental das instituições, partem do princípio da aplicação mais proporcional da justiça entre os homens na sociedade. Um dos pioneiros desta concepção é John Rawls (EUA, 1921--). Segundo Habermas “John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala (...) do ‘fair value’ de direitos repartidos com paridade.”²⁰⁸ É um pensador sofisticado, cujos argumentos envolvem um conhecimento profundo de história e outras disciplinas, que tornam sua obra abrangente. Lecionou nas eméritas universidades de Harvard, Oxford, Cornell e no MIT -*Massachussets Institute of Technology*- todas nos Estados Unidos.

²⁰⁸ Jürgen Habermas, *Nos limites do Estado*, p. 4.

Publicou, em 1971, *Uma Teoria da justiça*, que o consagrou como uma das figuras mais respeitadas na área da filosofia política. Em 1993 publicou *O Liberalismo político*, condensando as críticas feitas à sua teoria da justiça e até mesmo revendo alguns pontos, dando maior importância ao conceito *retributivo* de justiça. Seu livro mais recente é *Collected papers*, de 1999, onde revisa alguns artigos para publicação em uma obra mais compacta.

Discípulo de Kant, usa uma metáfora intelectual que se aproxima do imperativo categórico: o *véu da ignorância*. Rawls desenha uma situação social inicial em que o homem despreza as diferenças raciais, sociais, culturais, étnicas, econômicas, religiosas (...) e convive com seus semelhantes em condições de mais absoluta igualdade, de maneira a permitir a construção de uma sociedade justa, para todos.²⁰⁹ A metáfora do véu da ignorância, existente na posição original, substitui a metáfora contratualista do contrato social firmado entre os homens, mas tem o mesmo objetivo de impor uma situação ideal de igualdade na posição original, porque Rawls define justiça enquanto equidade. O conteúdo deste contrato que origina a sociedade entre os homens é constituído, necessariamente, pelos princípios da justiça. Na posição original, o homem racional define dois princípios fundamentais para a justiça: segurança do resguardo de alguns direitos

²⁰⁹ "A idéia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais." (John Rawls, *Uma Teoria da justiça*, p. 146-147)

fundamentais e igualdade de oportunidade. Estes princípios podem ser formulados a partir do senso de justiça que caracteriza os homens.

Senso de justiça é a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos eqüitativos da cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela. (...) A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem.²¹⁰

John Rawls demonstra uma preocupação prática com a aplicação de seu legado teórico. Constrói n' *O Liberalismo político* uma concepção de justiça que considera o perfil do cidadão, os aspectos sociais, políticos e econômicos da conjuntura que serve de base para seu estudo, as falhas e limites das instituições que foram criadas para regulamentar as relações jurídicas entre os homens, mas também aborda o aspecto filosófico, indispensável para a compreensão de qualquer sociedade, posto que composta de seres humanos, uma variável inconstante, por definição.

Os cidadãos são livres no sentido de conceberem a si mesmos e aos outros como indivíduos que têm faculdade moral de ter uma concepção do bem. (...) Capazes de rever e mudar essa concepção por motivos razoáveis e racionais, e podem fazê-lo se assim o desejarem. (...) Dada sua capacidade moral de formular, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção do bem, sua identidade pública de pessoa livre não é afetada por mudanças em sua concepção específica do bem ao longo do tempo.²¹¹
Os cidadãos (...) se consideram fontes auto-autenticadoras de reivindicações válidas. Isto é, consideram-se no direito de fazer reivindicações a suas instituições de modo a promover suas concepções do bem (desde que essas

²¹⁰ John Rawls, *O Liberalismo político*, p.62.

²¹¹ John Rawls, *O Liberalismo político*, p.73.

concepções estejam incluídas no leque permitido pela concepção pública de justiça).²¹²

Os cidadãos são considerados capazes de ajustar seus objetivos e aspirações ao que é razoável esperar que possam fazer. Além disso, são vistos como capazes de restringir suas reivindicações àquelas permitidas pelos princípios de justiça.²¹³

Em síntese, o cidadão é considerado um sujeito racional capaz de conceber a idéia geral de bem e o senso de justiça. Estas duas prerrogativas se reúnem na capacidade de deduzir o benefício geral de uma atitude particular, a cooperação simultânea, e a necessidade de equidade entre os membros de uma sociedade.

Definindo o cidadão como sujeito livre, racional e igual, Rawls define como sociedade justa aquela que defende uma certa qualidade de direitos superiores, na trilha da defesa dos direitos humanos que vai caracterizar os teóricos de sua geração. Não é um jurista, mas defende que as liberdades da cidadania que respondem aos quesitos de igualdade são inegociáveis. O bem de todos não pode representar o cerceamento das liberdades de poucos. Os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política.

Desse modo, o objetivo das partes é chegar a um acordo sobre os princípios de justiça que capacite os cidadãos por elas representados a se tornarem pessoas completas, isto é, a desenvolverem adequadamente e exercerem plenamente suas capacidades morais e a procurar realizar as concepções específicas do bem que vierem a construir. Os princípios de justiça devem levar a um esquema de instituições básicas – um mundo social – condizente com esse fim.²¹⁴

²¹² John Rawls, *O Liberalismo político*, p. 76.

²¹³ John Rawls, *O Liberalismo político*, p. 77.

²¹⁴ John Rawls, *O Liberalismo político*, p. 122.

A capacidade humana de associação é o que define a origem das instituições, enquanto a sobrevivência das instituições condiciona a sobrevivência do homem. A partir do momento em que o homem é capaz de fazer funcionar suas instituições, ele determina sua capacidade de viver em sociedade: definir metas comuns, compreender interesses coletivos, relevar interesses puramente egoístas, flexibilizar os interesses individuais para privilegiar a vida social, o interesse do grupo.

Dois elementos são fundamentais na construção da justiça rawlsiana: a liberdade e a igualdade. A democracia é o sistema político considerado mais justo na modernidade. É um sistema de organização em que cada indivíduo está apto a participar livremente da concretização dos valores da sociedade, com a livre participação em suas decisões e, também, a oportunidade de cada cidadão participar livremente e enfaticamente das decisões políticas que afetam diretamente sua vida individual e coletivamente. “Quando descrevemos o modo pelo qual os cidadãos se consideram livres, descrevemos sua maneira de pensar a si próprios numa sociedade democrática quando surgem questões de justiça política.”²¹⁵

É fundamental abordar, além do conceito de cidadão e de instituição de democracia, mais determinados, também o de princípio de justiça, de igualdade, que são subjetivos, mas indispensáveis para a coerência de qualquer trabalho na área jurídica.

²¹⁵ John Rawls, *O Liberalismo político*, p.76.

A estrutura e o conteúdo dessa concepção de justiça mostram como (...) os princípios e critérios de justiça para as instituições básicas da sociedade constituem e ajudam a articular a concepção de cidadãos razoáveis e racionais como livres e iguais. Desse modo, temos um ideal dos cidadãos como tais pessoas. Quando dizemos (...) que os cidadãos não são apenas membros normais e plenamente cooperativos da sociedade, mas também querem ser tais membros e ser reconhecidos como tais, estamos dizendo que eles querem realizar em sua pessoa, e ter o reconhecimento de que realizam, aquele ideal de cidadãos.²¹⁶

Este é o grande desafio de todo cidadão para o século que inicia: realizar, através da democracia, o ideal da justiça social.

A teoria da justiça é a busca pela resposta a uma pergunta que possui uma tradição milenar: O que é justiça? O que é justo? O objetivo na busca desta resposta não é tanto o de construir exclusivamente uma teoria jurídica, mas moral. Não se trata, entretanto de uma moral abrangente, que determine as ações dos sujeitos, mas de uma postura pública, a construção do espaço político de interação. A dimensão política é a esfera pública, o mínimo público necessário à convivência humana considerada liberal, ou seja, que reconheça a necessidade do respeito à liberdade, nos moldes kantianos do termo. Para Rawls, o kantismo é fundamental.²¹⁷

A teoria da justiça é uma teoria política, não uma doutrina moral. A tendência generalizada no manuseio do conceito de justiça é aproximá-lo de conceitos imprecisos, abstratos, vagos, como o de moral. A moral é abrangente demais, é inconstante, depende de muitas variáveis sociais. O conceito de justiça

²¹⁶ John Rawls, *O Liberalismo político*, p.130.

²¹⁷ "La disputa entre la teoría de la justicia y el utilitarismo parece ser una disputa entre parientes. Pero la teoría de Rawls está próxima al kantismo no sólo en cuanto al contenido; para justificar su teoría, Rawls utiliza un instrumento formal específico, una teoría contractual." (Ernst Tugendhat, *Problemas de la ética*, p. 16).

não pode estar condicionado ao de moral. Uma concepção de justiça deve apresentar uma concepção prévia sobre o que seja razoável. Mas então: o que é razoável? Para Kant, que fornece aqui a teoria de base, é razoável o bem (que representa a finalidade do Estado).

A lista das concepções de justiça passíveis de escolha divide-se em cinco categorias. A primeira contém a concepção preferida de Rawls: os princípios da justiça como equidade. As outras quatro contêm concepções teleológicas clássicas (como o utilitarismo), concepções “mistas”, que combinam princípios que protegem a liberdade com, por exemplo, variantes do utilitarismo, concepções intuicionistas (cuja característica é solicitarmos a ordenação de uma lista de princípios apriorísticos “conforme for conveniente”) e concepções egoístas (como o princípio de que todos devem servir os meus interesses).²¹⁸

A concepção de justiça de Rawls exige uma definição política que empurra sua busca para além da esfera pública. Ele acaba por reconhecer a impossibilidade da eliminação completa da metafísica (presença constante da obra kantiana). O primeiro ponto para construir sua definição de justiça é distinguir entre as doutrinas abrangentes que se aproximam das noções metafísicas, buscando uma concepção política focal, ou a imparcialidade em relação à abrangência. Reduzindo o objeto da teoria da justiça, o conceito que emerge é o de equidade. Enquanto alguns direitos são dados com base na igualdade entre os indivíduos, outros são de natureza contrária. Os primeiros são incontroversos, os últimos são suscetíveis de discussão, com resolução garantida pela igualdade de resultados. O maior dilema é o de eliminar as controvérsias sem eliminar o consenso obtido em sucessivas arguições. Os princípios que norteiam a obtenção

²¹⁸ Chandran Kukathas e Philip Petit, *Rawls : « uma teoria da justiça » e seus críticos*, p. 53.

dos resultados não são completamente públicos, mas também não se encontram na esfera privada. A esfera pública que compõe o elemento político procura um resultado razoável ditado pelo senso de justiça. A esfera não pública (que não é ainda a particular) voltada a argumentos não puramente políticos define seu objetivo através da confecção de um resultado racional, que envolva a concepção de bem.²¹⁹

O princípio da razoabilidade não é estabelecido *a priori* (o senso de justiça é alcançado através de consenso). Desde que razoável, toda concepção de bem tem seu lugar na sociedade. Conclui-se que a concepção de justiça não nasce de forma metafísica *a priori* mas de um conflito-consenso. A sociabilidade necessária à convivência humana liberal é a razoabilidade.

A autonomia política (o exercício pleno da liberdade em sua forma política) será a capacidade de agir de acordo com os dois princípios expostos: o senso de justiça (razoabilidade) e a concepção de bem (racionalidade). A ordenação dos conflitos existentes permitirá a exclusão (neutralização) de outros conflitos insurgentes.

A sociedade estará sempre repleta dos conflitos entre os interesses particulares e a idéia de cooperação mútua, derivada de um conceito público de justiça, que permite a convivência pacífica entre os homens. A distribuição equitativa dos interesses da sociedade entre todos os homens, preservando sua liberdade, representa a idéia da justiça enquanto equidade.

²¹⁹ A noção de bem é uma herança platônica determinada pela possibilidade de formar opiniões a respeito de juízos morais tão exatas quantos os conhecimentos matemáticos, sendo os conceitos dimensões reais da existência, com caráter incontroverso (como os números).

3.5. A Proposta de Jürgen Habermas

Principal herdeiro teórico da Escola de Frankfurt²²⁰, Jürgen Habermas (Alemanha, 1929--) trabalhou como assistente de Theodor Adorno e em 1956 tornou-se professor. Lecionou nas universidades de Heidelberg e Frankfurt na Alemanha e na *New Yorker New School of Social Research* nos Estados Unidos.²²¹ Aposentou-se em 1994, na Universidade de Frankfurt, mas continua academicamente ativo. Sua principal contribuição à filosofia é a *teoria da racionalidade comunicativa*. Segundo ele, racionalidade é uma forma de *ação comunicativa* orientada ao consenso. A linguagem é o instrumento essencial da comunicação e deve ser utilizada como forma de atingir uma *situação ideal de fala*. Nessa situação os cidadãos manifestam suas demandas morais e políticas, em conformidade com a racionalidade, e em nome desta.

A orientação intelectual de Habermas está no campo da pragmática formal, do mundo da práxis, não do ponto de vista de uma política transformadora mas de uma sociologia emancipatória. Habermas resolve sua querela com a política determinando que com ela vem o poder. É preciso eliminar a política e as relações de poder dela advindas, para que seja possível a instauração de uma situação ideal de fala, que possibilite a comunicação entre os homens.

Este autor coloca sua perspectiva sobre as relações humanas em formato quase enciclopédico, na obra *Teoria da ação comunicativa*. Da teoria dos atos da fala de John Austin e Searle até os aspectos da racionalidade do mundo de

²²⁰ Escola de pensamento desenvolvida em Frankfurt, na Alemanha, a partir de 1923, que introduziu um estilo analítico conhecido como *teoria crítica*, tendo por objeto os estudos marxistas sobre as fontes de dominação e autoridade que cerceavam a liberdade humana.

²²¹ Jürgen Habermas, *Os pensadores*, p.XI.

Weber, aborda os mais variados obstáculos inerentes à problemática das relações sociais. Sua visão é peculiar: a vida em sociedade deve ser compreendida e aprimorada a partir do estudo e desenvolvimento da comunicação.

Um dos destaques, então, que Habermas coloca em sua teoria é a necessidade de comunicar. Ultrapassar os limites impostos pelos discursos retóricos e encontrar consenso através do diálogo, das trocas lingüísticas e simbólicas. A comunicação envolve tanto o ato da fala quanto a capacidade de escutar, ouvir e assimilar as necessidades do interlocutor. As divergências políticas, as idéias heterogêneas são dissolvidas através da comunicação, neutralizando a necessidade de organização social em torno de interesses comuns.

Os elementos fundamentais para a construção da teoria da ação comunicativa são o mundo da vida e os sistemas auto regulados, que ele posiciona em pólos opostos. O mundo da vida está diferenciado quanto à sua estrutura, que abrange cultura, sociedade e identidade (o sujeito). A forma utilizada por Habermas para reconstruir o mundo da vida é a linguagem, o comportamento, um mundo intersubjetivamente construído. Existe uma bifurcação metodológica entre a perspectiva do participante (processo interativo) e a perspectiva observadora (do cientista), da qual ele está consciente, o que é manifesto.

O conceito sociológico de mundo da vida depende muito da consciência. A proposta de Habermas é emancipatória: a análise dos processos de racionalização através dos de aprendizagem. Ele propõe uma abordagem lingüística do mundo da vida para complementar a abordagem sociológica;

revaloriza-se a razão, construída por um processo intersubjetivo, mediado pela comunicação lingüística.

O mundo da vida é o mundo da interpretação hermenêutica, da interação e do trabalho, da integração social, a perspectiva do participante. O universo sistêmico, por outro lado, é o do objetivismo, da integração, a perspectiva do observador. O Mundo da vida torna-se progressivamente mais complexo, enquanto a complexificação de um sistema indica o surgimento de um novo sistema, a desativação ou o mau funcionamento do sistema anterior.

No mundo da vida tudo se resolve através da linguagem. As interações são mediadas lingüisticamente, tornam-se mais intensas e propiciam a complexificação deste mundo da vida. Habermas explica que o processo de diferenciação social permite a libertação da comunicação em relação à linguagem, substituída por meios de intercâmbio deslingüistificados. Os novos meios que ele aponta são o poder (política) e o dinheiro (mercado) que fazem surgir papéis sociais específicos. Os novos elementos de comunicação, deslingüistificados, são redes de ações estratégicas que se auto-estabilizam.

A ação comunicativa funciona no mundo da vida. Aquela é uma construção teórica (uma hipótese) que só pode ser viabilizada no cenário deste (que por sua vez, também é uma construção teórica, posto que não é uma análise descritiva da realidade). O mundo da vida incorpora o processo contínuo de racionalização do mundo cotidiano –não problematizado; procura criar alternativas para o desenvolvimento dos modos de produção. É a esfera em que as pessoas, de modo não problemático, produzem sentido em suas próprias vidas. A

ação comunicativa caracteriza o processo de *racionalização* do mundo da vida. Este é um conceito necessário para conceber a possibilidade da comunicação, a progressiva instalação da razão no cotidiano dos indivíduos. A racionalização permite que ele se torne mais complexo, como um mecanismo causal de desenvolvimento. O mundo da vida torna-se mais universalista, porque o objetivo da ação comunicativa é o consenso: ela é orientada para o entendimento, pressupõe a chegada a um acordo que possibilite a ação, é uma negociação intersubjetiva das intenções. “*Entendimento (Verständigung)* significa a ‘obtenção de um acordo’ (*Einigung*) entre os participantes na comunicação acerca da validade de uma emissão; *acordo (Einverständnis)*, o reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade que o emissor vincula a ela.”²²²

O entendimento depende de um equilíbrio entre valores, que entretanto, não cabem nos âmbitos da economia e da política, esferas presentes no mundo real. Aos poucos o mundo da vida se torna manipulável: é tematizado por partes, os princípios absolutos vão sendo abertos à reflexividade. Ele aparece ao sujeito como realidade uma que pode ser caracterizada, é simultaneamente individual, intersubjetivo e coletivamente construído, cada vez mais inclusivo. Não é necessariamente democrático, mas tende a ser aberto à reflexividade, que é uma das características das sociedades democráticas.

O estatuto do *sistema político* determina que a equidade é instrumento da igualdade. Esta convergência é uma perspectiva histórica de desenvolvimento e

²²² Em espanhol, no original: “*Entendimiento (Verständigung)* significa la ‘obtención de un acuerdo’ (*Einigung*) entre los participantes en la comunicación acerca de la validez de una emisión; *acuerdo (Einverständnis)*, el reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez que el hablante vincula a ella.” (Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, p.171).

também resume a concepção habermasiana de justiça. Os movimentos particularistas são aceitos enquanto materializam a demanda por tratamento desigual aos desiguais, no presente, na luta pela igualdade futura. Em face da desigualdade presente é necessário que a luta pelos direitos individuais considere a equidade como instrumento da igualdade, para atingir um objetivo legal ligado ao estado de direito. A coordenação política de uma sociedade plural requer que sejam analisadas as demandas particularistas.

A teoria habermasiana sugere uma crítica às formas estatais autoritárias e burocráticas e às formas sociais de dominação, seja nas sociedades capitalistas atuais ou nas socialistas.²²³ Também propõe alicerces para o desenvolvimento de uma maior igualdade e cooperação sociais que requerem, para sua implementação, intervenção estatal. O estado será vislumbrado a partir da possibilidade de compatibilização dentre outros direitos subjetivos privados e a esfera pública, no equilíbrio entre liberdade e autonomia. O estado é necessário!²²⁴ Estes alicerces consistem nas normas de reciprocidade e reconhecimento mútuo, igualdade e construção do consenso, que Habermas considera implícito na própria

²²³ Em inglês, no original: "In keeping with democratic socialism, Habermas's theory suggests a critique of authoritarian and bureaucratic forms of state power and of social domination, whether in presently existing capitalist or socialist societies. It also proposes grounds for the development of greater social cooperation and equality that would not require state power for their implementation. These grounds consist in the norms of reciprocity or mutual recognition, equality, and the aim of consensus, which Habermas sees as implicit in the very structure of communication or discourse itself." (Carol Gould, *Rethinking Democracy*, p.17).

²²⁴ "O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sem, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* pô ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais." (Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – vol. I, p. 171).

estrutura da comunicação e do discurso. Os indivíduos são sujeitos autônomos capazes de demandar na esfera pública. “Em vista da carência democrática de legitimação, sempre surgem déficits quando o círculo daqueles que tomam parte nas decisões democráticas não coincide com o círculo daqueles que são afetados por essas decisões.”²²⁵

O indivíduo possui um direito inalienável à democracia. Não está obrigado a submeter-se à soberania da sociedade: existe um conflito entre o princípio liberal e o republicano. Se não existe princípio absoluto que possa oprimir a individualidade, deve haver consenso, resultado de argumentos, da persuasão, de desenvolvimento da linguagem, da comunicação. O discurso persuasivo, a elocução de natureza pública pode transformar-se em norma. O Estado é um elemento social de reflexão.

A inclusão do conceito de direito na obra habermasiana é a resposta às críticas feitas à sua teoria da ação comunicativa. O modelo que era bidimensional (mundo da vida e mundo da integração sistêmica) passa a ser tridimensional: inclui-se o direito na modelagem teórica, ligado à cultura, dependente da sociedade para adquirir legitimidade. Ele surge no mundo da vida e é transferido para o Estado, quando ocorre a colonização daquele. É um debate procedimental em relação ao mundo da vida. Esta procedimentalização é a invasão do direito na esfera pública.

...O Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos.

²²⁵ Jürgen Habermas, *Nos limites do Estado*, p. 4.

(...) Quando compreendemos o texto de nossas Constituições no sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a idéia de *autolegislação*, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a *dimensão política* de uma sociedade que *atua* sobre si mesma.²²⁶

A proteção dos direitos individuais materializa-se no texto da constituição, sendo a materialização compreendida positivamente. Os direitos subjetivos dos indivíduos são positivados e o direito constitucional surge para garantir procedimentos (que garantam a defesa dos direitos individuais). Os direitos humanos sintetizam o debate entre a autonomia individual e a do cidadão, entre a moral e a ética, entre a facticidade e a validade. As normas adquirem facticidade não somente por sua validade formal, mas por sua aceitabilidade que incute legitimidade. Obedece-se à lei por respeito a ela, que está submetida *a priori*, ao escrutínio da sociedade.

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas.”²²⁷

A facticidade representa a forma jurídica -o direito-, e a validade é relativa ao princípio do discurso. No campo do direito a linguagem é facticidade (a comunicação) mas precisa ser legitimada pela lei (forma legal). Habermas tende a posicionar-se mais no âmbito da validade do que da facticidade. As duas

²²⁶ Jürgen Habermas, *Nos limites do Estado*, p.4.

²²⁷ Jürgen Habermas, *Directo e democracia: entre facticidade e validade* –Vol. I, p. 170.

são os elementos para a radicalização da democracia. A forma de materialização da democracia radical é manter a opinião em condições de associação com o estado, de maneira que a administração seja sensível à opinião pública e esta possa intervir junto ao poder administrativo. A esfera pública deve exercer pressão de legitimação frente aos poderes do estado.

A idéia nuclear da teoria habermasiana da facticidade e validade é combinar a premissa liberal da autodeterminação do homem com a republicana da autodeterminação do povo. Esta é a proposta do terceiro modelo de democracia. O pressuposto absoluto é a cultura da liberdade, que não pode ser criada pelo direito: parte de um processo evolutivo geral e segue a explicação metafísica do direito natural de que a justiça é um dom natural do homem. Ou considera-se o homem livre e inicia-se a análise da teoria no estado democrático de direito, ou a liberdade é usurpada pelo estado, negada aos cidadãos, e é inútil qualquer debate.

A linguagem que organiza a vida coletiva é o direito e será utilizada para persuadir os indivíduos sobre qual seria a melhor ordem. Habermas aceita a idéia de que o direito é universal, porque a linguagem tem pretensões universais e a comunicação é feita pela linguagem do direito. A argumentação não tem uma natureza singular, é pragmática, moral, ética. A única forma de normatividade que deriva do princípio do discurso deve abrigar necessariamente 5 categorias de direito: liberdade, pertencer à comunidade jurídica, direito de ação judicial, direitos políticos e sociais.

O debate sobre o agir comunicativo é necessário ao desenlace do tema da modernidade (da construção de um paradigma compatível com o momento

histórico): é o argumento que sustenta esta construção. Habermas realiza uma tentativa de reunificação da razão pelo consenso simbólico. A perda da unidade da razão no trânsito para a modernidade resultará na perda de sentido, consequência inevitável do politeísmo intrínseco às sociedades modernas, mas que pode ser contornado através do consenso. A sociedade é auto-regulável, se forem observadas, como premissas a externalização do direito e a internalização da moral. O agir comunicativo que viabiliza o consenso precisa de um estatuto que não seja totalmente subsumido ao modelo normativo. Habermas sustenta uma concepção de direito que possa ser formada por procedimentos comunicativos em que os processos de busca de entendimento possam impor limites à ação institucional e política, criando condições para que a opinião não seja um lugar vazio.

3.6. Ronald Dworkin: normas e princípios

Ronald Dworkin (EUA, 1931--) é professor da *New York University* onde leciona filosofia e teoria política, sendo sucessor catedrático de Herbert Hart. Seus escritos revitalizaram profundamente a tradição da filosofia analítica do direito, defendendo um liberalismo alicerçado nos direitos individuais; é crítico veemente do positivismo jurídico, rechaçando particularmente a separação tradicional entre direito e moral. Não aceita a separação *a priori* entre uma norma jurídica e seu equivalente moral. O conceito fundamental no desenvolvimento de sua teoria é o de igualdade. Sua preocupação com a defesa incondicional dos

direitos humanos reflete-se na determinação de agir *taking rights seriously*, ou seja, levando os direitos (humanos individuais) a sério.

A contribuição mais importante de Dworkin, na trilha dos teóricos que buscam redefinir o direito enquanto um conjunto de conteúdos imprescindíveis para a sua aplicação justa, é a crítica das teorias utilitaristas e da escola analítica do direito. “Se bem está certo que durante décadas o utilitarismo foi considerado uma doutrina progressiva que facilitou e promoveu o bem estar social, também é certo que na atualidade constitui um sério obstáculo para o progresso moral. Porque as doutrinas utilitaristas não respeitam os direitos individuais.”²²⁸

Se o utilitarismo defende o bem estar social, despreza os direitos individuais dos homens, e por isto, não é uma concepção justa. À filosofia utilitarista, Dworkin opõe uma teoria baseada nos direitos individuais, que preserve entre os homens os princípios de justiça: liberdade e igualdade. Estes dois elementos são os que definem a justiça para Dworkin, que desenvolve toda sua teoria jurídica expondo a diferença entre normas e princípios, destacando a supremacia destes sobre aquelas.

O autor americano parte de uma distinção lógica entre *normas, diretrizes e princípios*. Nos ordenamentos jurídico-positivos podem ser encontrados os três tipos de prescrições. As normas tem a particularidade de aplicar-se *in toto* ou não se aplicar porque indicam as condições de aplicação e suas conseqüências. As diretrizes assinalam um objetivo social benéfico que se deve conseguir; enquanto os princípios fazem referência à justiça e dão

²²⁸ Em espanhol, no original: “Y si vien es cierto que durante décadas el utilitarismo se ha considerado una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido el bienestar social, también es cierto que en la actualidad constituye un serio obstáculo para el progreso moral. Y lo es, porque las doctrinas utilitaristas no respetan los derechos individuales.” (Albert Calsamiglia, *Por que es importante Dworkin?*, p.160.)

razões –mais ou menos poderosas- para decidir em um sentido determinado.²²⁹

Enquanto a postura positivista analítica tradicional defende a análise textual da lei, Dworkin questiona o conteúdo do direito, levanta as hipóteses em que não há previsão legal e evoca a posição do magistrado diante destes casos.

Antes de analisar a teoria que desenvolve nesta obra é necessário definir o tipo de estado e direito aos quais se pode aplicar a teoria de Dworkin. O modelo de estado em questão é aquele no qual a constituição incorpora como seu núcleo rígido, os direitos humanos. O direito neste estado passa a ser definido, não somente através de sua forma, mas de sua *forma* adicionada a um determinado *conteúdo* que não pode afastar-se dos conteúdos inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A democracia assume um caráter formal mas igualmente material.

Dworkin entende os direitos humanos como direitos morais dos indivíduos frente ao Estado. Para ele a constituição consiste na fusão dos problemas jurídicos e morais e, como é a norma que fecha o sistema jurídico positivo, possui o *status* de controladora da validade dos conteúdos das demais normas. A constituição é a instância normativa que abriga os direitos humanos, que são a positivação de princípios universais do direito (natural) e estão

²²⁹ Em espanhol, no original: "El autor americano parte de una distinción lógica entre *normas, directrices y principios*. En los ordenamientos jurídico-positivos se pueden encontrar los tres tipos de prescripciones. Las normas tienen la particularidad de aplicarse *in toto* o no aplicarse porque indican las condiciones de aplicación y las consecuencias de ellas. Las directrices señalan un objetivo social beneficioso que debe conseguirse; mientras que los principios hacen referencia a la justicia y dan razones –más o menos poderosas- para decidir en un sentido determinado." (Albert Calsamiglia, *Por que es importante Dworkin?*, p.161.)

vinculados, originariamente, a juízos morais. Os princípios precisam ser integrados: entre si e com as demais normas que os limitam. Uma lei que venha a limitar um direito moral necessita apresentar uma justificativa de caráter também moral, que por sua vez deve estar relacionado a outro direito moral.

O modelo de proteção aos direitos humanos, segundo Dworkin, deriva de duas idéias básicas: a de dignidade humana -que remonta à Kant- e a idéia de igualdade política -fundamento da democracia moderna. O indivíduo é considerado o objeto supremo a ser defendido. Esta premissa existe para evitar que os direitos individuais sejam submetidos às escolhas das maiorias, que podem ser manipuláveis. Afirmar que os direitos individuais podem ser limitados por eventuais deliberações de maiorias equivale a afirmar sua negação, ou inexistência.

A instituição dos direitos é, por conseguinte, crucial, porque representa a promessa que a maioria faz às minorias de que a dignidade e a igualdade destas serão respeitadas. Quanto mais violentas sejam as divisões entre os grupos, mais sincero deve ser este gesto para que o direito funcione.

(...) O Governo não conseguirá que volte a ser respeitado o direito se não lhe confere algum direito a ser respeitado. E não poderá consegui-lo se descuida do único filete que distingue o direito da brutalidade ordenada. Se o Governo não toma os direitos a sério, então tampouco está tomando com seriedade o direito.²³⁰

²³⁰ Em espanhol, no original: "La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione.

(...) El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho." (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 303.)

A questão da necessidade de justificativa moral para a validade de uma lei que restrinja os direitos morais conduz a outra questão relevante. Se nem todas as leis apresentam esta justificativa, não se pode postular uma obrigação moral geral absoluta do cidadão de obedecê-las. Num Estado de Direito que tem por função a garantia dos direitos humanos, a obrigação de obedecer às leis de um modo geral é *jurídica*. Sempre que o cidadão sentir-se violado em algum direito individual, sem conseguir identificar como fundamento desta violação a garantia de outro direito com aquele concorrente, ele passa a possuir também um direito moral de desobedecer à norma violadora até a questão ser decidida (pelo judiciário).

A desobediência civil em um estado de direito assume papel dos mais relevantes, desdobrado em seus aspectos político e jurídico. Juridicamente possui um caráter de pressão para que os direitos humanos sejam protegidos pelos órgãos político-administrativos do estado. Politicamente, reacendem a luta pelo Direito.

É dever moral dos cidadãos obedecer às leis, mas não um dever absoluto, já que é inclusive possível numa sociedade precipuamente justa que sejam produzidas leis injustas. Um homem não tem deveres somente para com o estado, mas para com sua própria consciência. Obedecer às leis, algumas vezes, pode levar a uma conduta que é moralmente incorreta para os indivíduos que compõem uma sociedade.

Na nossa sociedade, um homem tem em ocasiões o direito, no sentido forte, de desobedecer a lei. Tem este direito toda vez que a lei invade injustamente seus direitos contra os do Governo. Se tem direito moral a

infringir qualquer lei que o Governo, em virtude de seu direito (o do homem) não tinha direito de adotar. O direito a desobedecer a lei não é um direito avulso, que tenha algo a ver com a consciência e se agregue a outros direitos contra o Governo. É simplesmente uma característica dos direitos contra o Governo e, em princípio, não se pode negá-lo sem negar ao mesmo tempo que tais direitos existem.²³¹

Seguindo este raciocínio deparamo-nos com os direitos controvertidos que estão numa linha de separação entre o direito que tem um indivíduo de desobedecer a lei injusta, porque ela infringe um direito individual, e a obrigação de obedecê-la porque a lei defende um bem maior, um bem comum a toda a comunidade.

Dworkin desdobra em duas a concepção de igualdade: a primeira diz respeito ao direito a igual oportunidade; a segunda é o direito a ser tratado como igual, o que significa ser tratado com a mesma consideração e respeito que qualquer um. A primeira concepção deriva da segunda. Somente em igualdade de condições é que se pode pretender o tratamento igualitário da justiça.

Dworkin define como *caso difícil* aquele em que o simples silogismo fato-norma não fornece uma solução ao caso concreto, ou seja, em que a associação do fato típico com a descrição normativa não é conclusiva. Neste caso, a discricionariedade do juiz entra em campo para decidir o caso num ou noutro

²³¹ "En nuestra sociedad, un hombre tiene en ocasiones el derecho, en el sentido fuerte, de desobedecer una ley. Tiene ese derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del Gobierno. Si tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el Gobierno, en virtud de su derecho (el del hombre) no tenía derecho a adoptar. El derecho a desobedecer la ley no es un derecho aparte, que tenga algo que ver con la conciencia y se agregue a otros derechos contra del Gobierno. Es simplemente una característica de los derechos en contra del Gobierno y, en principio, no se le puede negar sin negar al mismo tiempo que tales derechos existen." (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 286).

sentido. Ainda quando nenhuma norma ofereça solução para o caso em questão, é possível que uma das partes tenha o direito de ganhar a causa.

Para esclarecer esta posição ele formula a “tese dos direitos” que irá dividir em: (1) princípios e diretrizes políticas; (2) princípios e democracia, e; (3) jurisprudência. Trabalhando no âmbito dos princípios e diretrizes políticas, a controvérsia é colocada entre a decisão judicial politicamente definida e o ato legislativo do juiz, a quem cabe aplicar as leis elaboradas pelas instituições e não legislar; mas ele pode formular decisões políticas sem que se deduza que esteja legislando. A barreira é tênue, razão pela qual Dworkin distingue entre argumentos de princípio e argumentos políticos. “Os argumentos políticos justificam uma decisão política demonstrando que favorece ou protege alguma meta coletiva da comunidade enquanto todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política demonstrando que tal decisão respeita ou assegura algum direito, individual ou do grupo.”²³²

Uma lei é tanto mais consistente quanto conseguir encontrar equilíbrio e apoio nas duas classes de argumentos. Se os juízes legislassem haveria um sério comprometimento do sistema democrático. Eles não são eleitos, portanto não têm responsabilidade frente ao eleitorado. Por outro lado, a aplicação retroativa da lei pode comprometer a democracia, pois o acusado não tem conhecimento de que sua conduta seria típica, e, conseqüentemente, ligada a uma sanção. Por estes dois motivos o juiz está submisso, na aplicação da sentença, ao *Princípio da Legalidade*. Na aplicação da lei, ao criar jurisprudência, o juiz está condicionado a

²³² Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*, p.148.

este princípio mas também deve estar atento às transformações sociais e interpretar a lei de forma a possibilitar sua mutação, a fim de continuar sendo consistente o bastante para garantir os direitos dos cidadãos.

Os direitos políticos são, simultaneamente, criações da história e da moralidade: na sociedade civil, os direitos de um indivíduo dependem, simultaneamente, da prática, e da justiça de suas instituições políticas. Assim, a suposta tensão entre criação judicial e história institucional se dissolve: os juízes devem criar juízos novos sobre os direitos das partes que aparecem diante deles, mas esses direitos políticos, melhor que se opor às decisões políticas do passado, as reflete. Quando um juiz escolhe entre a norma estabelecida no precedente e uma norma nova que se considera mais justa, não está elegendo entre a história e a justiça, melhor formula um juízo que lhe exige certo compromisso entre considerações que ordinariamente, em qualquer cálculo de direitos políticos, se combinam, mas aqui entram em competição.

As decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido que interessa à doutrina da responsabilidade política.²³³

A *tese dos direitos*, como proposta para dissolução de casos difíceis enfrenta três problemas: (1) distinguir entre direitos gerais e objetivos sociais; (2) analisar a teoria do papel do precedente e da história institucional nas decisões dos casos difíceis, e em certas ocasiões os juizes devem (3) formular juízos de moralidade política a fim de decidir quais são os direitos jurídicos dos litigantes. Sob este aspecto a tese está aberta ao primeiro ataque da criação judicial. Dworkin

²³³ “Los derechos políticos son, a la vez, creaciones de la historia y de la moralidad: en la sociedad civil, los derechos de un individuo dependen, a la vez, de la práctica, y de la justicia de sus instituciones políticas. Así, la supuesta tensión entre creación judicial e historia institucional se disuelve: los jueces deben hacer juicios nuevos sobre los derechos de las partes que acuden ante ellos, pero esos derechos políticos, más bien que oponerse a las decisiones políticas del pasado, las reflejan. Cuando en juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia; más bien formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que ordinariamente, en cualquier cálculo de derechos políticos, se combinan, pero aquí entran en competencia. Las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido que interesa a la doctrina de la responsabilidad política.” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.154-15).

resolve estes problemas analisando direitos e objetivos, além de distinguir entre tipos de direitos.

Os argumentos de princípio se propõem estabelecer um direito individual; os argumentos políticos se propõem estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Um direito político é uma finalidade política individualizada. Um indivíduo tem direito a certa expectativa, recurso ou liberdade se (tal coisa) tende a favorecer uma decisão política (em virtude de qual) resultará favorecido ou protegido o estado de coisas que lhe permite desfrutar do direito, ainda quando com essa decisão política não se alcance nenhum outro objetivo político, e inclusive quando seja prejudicado; e se conta em contrário desta decisão, ainda quando com ela se sirva algum outro objetivo político, o que retraia ou ponha em perigo este estado de coisas. Um objetivo é uma finalidade política não individualizada, quer dizer, um estado de coisas cuja especificação não requer assim nenhuma expectativa ou recurso ou liberdade em particular para indivíduos determinados.²³⁴

Prosseguindo na defesa da *tese dos direitos*, abordam-se os direitos institucionais. Dworkin expressa que os direitos concretos em que se apoiam os juizes devem conter duas características: ser institucionais mais do que básicos, e, por este motivo, devem ser jurídicos mais do que de qualquer outro gênero. Os cidadãos têm direito também a que os juizes apliquem estas leis na dissolução dos conflitos em concreto. Finalmente, ainda acerca da *tese dos direitos*, são direitos legais os elementos em que o juiz busca a resolução do conflito que lhe é exposto: a legislação e o direito consuetudinário. Para ajudar nesta passagem, Dworkin usa

²³⁴ "Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos. Un derecho político es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si (tal cosa) tiende a favorecer una decisión política (en virtud de la cual) resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa *decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique*; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo político, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas. Un objetivo es una finalidad política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa o recurso o libertad en particular para individuos determinados." (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.158-159).

de um subterfúgio: cria um juiz perfeito (Hércules)²³⁵ e analisa o seu comportamento contraposto ao fato em questão e o direito existente.

Em relação à Constituição, Hércules deve organizar uma teoria, configurada como um conjunto complexo de princípios e diretrizes políticas, que justifique o esquema de governo, enriquecendo-a, referindo-se alternativamente à filosofia política e aos detalhes institucionais. Quanto à aplicação das leis, deve identificar os argumentos de princípio e políticos que convenceram o organismo legislativo a promulgá-las, seguindo um raciocínio similar em relação ao direito consuetudinário (o precedente, e eventual entrelaçamento mais complexo entre precedente e princípios que conduziram à afirmação deste precedente).

Para concluir o capítulo dos casos difíceis são expostas objeções políticas. “A tese dos direitos tem dois aspectos. Seu aspecto descritivo explica a estrutura atual da instituição da adjudicação. O normativo oferece uma justificação política da referida estrutura”²³⁶.

A tese mais evidente (a conclusão mais razoável) é que, de acordo com a jurisprudência clássica, supõe-se que o juiz decide em duas etapas: primeiro encontra o limite do que exige o direito explícito e depois exerce sua

²³⁵ “(...) He inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir que acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos”. (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.178).

²³⁶ Em espanhol no original: “La tesis de los derechos tiene dos aspectos. Su aspecto descriptivo explica la estructura actual de la institución de la adjudicación. El normativo ofrece una justificación política de dicha estructura” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.198-199).

discrecionarieidade para legislar sobre os problemas que não são abrangidos pelo direito. Contra este argumento, contrapõe que Hércules se vale do seu próprio juízo para determinar que direitos as partes possuem, uma vez formulado não há nada que possa ser submetido a convicções (suas ou da população). “A técnica de Hércules estimula o juiz a que formule seus próprios juízos sobre os direitos institucionais”.²³⁷ É importante que “o juiz esteja ciente que bem pode equivocarse em seus juízos políticos e de que há de decidir com humildade os casos difíceis”.²³⁸

* * *

As teorias do direito e da justiça apresentadas neste capítulo remetem o raciocínio imediatamente ao conceito jusnaturalista de direito. “Cabe perguntar-se se [os princípios] encontram-se num mundo transcendental e se somente são identificáveis mediante a intuição”.²³⁹

O que aproxima estas teorias e apontam para a superação do paradigma jurídico positivista é a proteção de certos conteúdos sobre a forma do direito, historicamente defendida.

²³⁷ Em espanhol no original: “La técnica de Hércules estimula al juez a que formule sus propios juicios sobre los derechos institucionales” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.208).

²³⁸ Em espanhol no original: “bien puede equivocarse en sus juicios políticos y de que, por onde, ha de decidir con humildad los casos difíciles” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.208).

²³⁹ Em espanhol no original: “Cabe preguntarse si éstos [principios] se encontrarán en un mundo trascendental y si solo son identificables mediante la intuición.” (Albert Calsamiglia, *Por que es importante Dworkin?*, p.162.)

Enquanto o jusnaturalismo defende um conjunto de direitos naturais imutáveis, transcendentais, capazes de ser interpostos através do tempo e do espaço, as novas teorias invocam um conjunto de princípios que são dinâmicos, mudam com a sociedade, mas representam o conjunto de valores que concretizam a justiça enquanto materialização da igualdade e a defesa da liberdade humana.

Os princípios de justiça são o ponto convergente das teorias pós-positivista, e é através da compreensão do conceito de justiça que é possível o delinear de uma teoria jurídica mais voltada para as necessidades dos sujeitos, que não podem viver desprovidos de liberdade, e não podem ser extirpados da igualdade material necessária à consolidação da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Never did two men judge alike about the same thing, and it is impossible to find two opinions exactly alike, not only in different men, but in the same man at different times.

Michel Eyquem de Montaigne

Acusaram-me de fugir à realidade e refugiar-me no sonho. Quero ir além da epiderme das coisas.

Federico Fellini

A dificuldade de definir o direito é um problema de diversidade de perspectivas. Depende do enfoque que se queira contemplar. As diferentes definições que ao longo da história se tem dado ao direito, revelar de distintas formas de conceber a ordem social, seu fundamento e seus fins. Há que se ter presente que a variedade de definições que se pode dar a uma realidade determinada depende necessariamente de uma mudança na própria realidade, objeto da definição. O objeto denominado *direito* sempre esteve sujeito a sensíveis mutações ao longo dos tempos (o que também dificulta a adoção de uma definição unitária). A dificuldade de defini-lo é, também paralelamente ao problema das diferentes perspectivas de enfoque, uma consequência da sua permanente mutabilidade.

As instituições existem porque a sociedade humana é composta de sujeitos individualistas, preocupados com suas próprias necessidades, mas que, para sobreviver, devem conviver em sociedade e que, portanto, precisam disciplinar suas relações sociais e demonstrar respeito por suas instituições. O sujeito é egoísta, pauta as ações em necessidades singulares, obedece desejos próprios, busca o seu prazer. O problema, mais do que evidente, é que, se cada sujeito comporta-se de forma a desconsiderar o outro, não existe possibilidade de convivência social. As ações devem ser meticulosamente refletidas, já que a vida em sociedade é inevitável.

As estruturas sociais existentes (institucionais, políticas, e em outros âmbitos) já não oferecem respostas satisfatórias para os conflitos insurgentes : fato que tem reflexos diretos no universo jurídico, que caminha sempre com algumas

décadas de defasagem em relação aos acontecimentos sociais. A sociedade deve procurar, por si só, formas de superar conflitos.

No plano teórico, as verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as expressões do saber e da racionalidade dominantes, não conseguem mais responder satisfatoriamente às inquietações sociais nem à necessidade de equilíbrio das relações humanas. As políticas governamentais a nível global impuseram, sucessivamente, aos povos, condições muito precárias, exacerbando as diferenças, suprimindo as garantias trabalhistas, levando a uma situação de profunda miséria. A sociedade, reduzida a estas condições, não possui outra opção que a de criar alternativas.

No âmbito das instituições jurídicas o desafio consiste em alcançar o consenso conceitual que conceba um paradigma jurídico, cuja eficácia fundamentada na legitimidade e que considera, como ponto de partida, não somente a lei e as estruturas jurídicas, mas o conteúdo fundamental do direito. Só assim seria adequado ao novo contexto, pois teria como principal função a de atenuar os efeitos perversos da política sobre a sociedade.

É verdade que o positivismo jurídico propõe uma superação do jusnaturalismo e a pluralidade de conceitos e definições sobre o direito, a moral e a justiça. O positivismo, porém, já não é suficiente para oferecer uma conceituação adequada do fenómeno jurídico neste novo século.

No plano da diversidade mundial, acirram-se os conflitos no universo jurídico. O sistema jurídico foi criado para permitir uma melhor comunicação

entre os homens, e as barreiras operacionais à aplicação do direito representam um empecilho ao desenvolvimento das relações humanas.

É exatamente o que os autores citados neste trabalho propõem: uma nova forma de visualizar velhos problemas. Uma tentativa de explicar a complexidade das relações humanas, utilizando novos elementos, introduzidos freqüentemente por eles mesmos, mas também oriundos das novas interações dos homens entre si e com o ambiente em que estão imersos.

No sentido de superar as dificuldades nesta área, autores contemporâneos têm elaborado diferentes e detalhadas teorias. Neste trabalho foi trazida a discussão sobre os estudos de John Rawls, Jürgen Habermas, e Ronald Dworkin, na procura de como suas idéias podem elucidar o impasse vivido, e em que aspectos são construções teóricas impraticáveis. As novas teorias não devem, entretanto, ser absorvidas como dogmas, mas como novas descrições deste mundo cognitivamente confuso, politicamente instável, socialmente complexo, culturalmente plural, e definitivamente humano.

O sujeito -destinatário do direito- representa um emaranhado complexo de ideais, religiões, valores, que estão longe de desaparecer. É fundamental para o fortalecimento da sociedade, no atual contexto, que se compreenda que todas essas diferenças não existem para criar um obstáculo à comunicação entre os indivíduos.

Não se pode trabalhar com a hipótese de eliminar todas estas diferenças. É necessário aceitá-las e procurar o equilíbrio possível na multiculturalidade com o intuito de minimizar os atritos e possibilitar a

convivência social pacífica.²⁴⁰ É hora de compreender que a pluralidade não é um obstáculo à concretização de uma sociedade mais forte. A única maneira de concretizar a convivência pacífica na sociedade global diversificada é a comunicação, a valorização do sujeito enquanto ser racional, dotado de iniciativa e capaz de aceitar a diferença. Jürgen Habermas propõe uma teoria em que a comunicação humana é o elemento catalisador da igualdade entre os indivíduos. A igual oportunidade de expressar suas idéias para a coletividade permite a construção da sociedade justa.

A contribuição dos positivistas para a interpretação do direito atual é indiscutível. Parece pueril a observação, mas antes da *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, não existia o conceito de norma, a unidade mínima do ordenamento jurídico. Os juristas trabalhavam com o conceito de lei, muito mais abrangente (lei é tudo!!!), insuficiente para compreender a célula do sistema jurídico. O positivismo jurídico sofreu a estigmatização do totalitarismo, do autoritarismo, e a aceção negativa deste termo desenvolveu-se na história. Na verdade, ficou comprovado que os autores positivistas não podem ser rotulados como reacionários, conservadores, autoritários e totalitários.

²⁴⁰ "This is the true dilemma of Plato's Cave, the problem that philosophers have called Right Opinion, where we are without final truth and absolute knowledge yet wish to act in a manner that conforms to right. We hope our choice to be something more than arbitrary or impulsive or merely self-interest yet we must choose without the guidance of impartial truth. Under these conditions, the cave can hardly be a tidy place. No wonder it is so disdained by the philosopher. It is grimy with the muddled activity of reluctant doers who must nonetheless do as best they can. It is dark and confused and tumultuous because it is peopled by creatures who are defined by what they do rather than by how they think, by the search for proximate good rather than for immutable certainty, and by the need to discover a reasonable basis for their commonality rather than an unimpeachable foundation for their individuality." (Benjamin Barber, *Strong Democracy*, p.121-122).

O fato de o jusnaturalismo estar apresentado, cronologicamente, antes do positivismo não faz daquela corrente uma visão mais ultrapassada, ou desta uma abordagem mais moderna. Direito natural e direito positivo são as duas faces do direito, que não possui um conceito unívoco. O debate constante entre jusnaturalistas e juspositivistas, justiça e norma, normas morais e normas jurídicas é uma peculiaridade do direito. O resultado frutífero que se espera não é que predomine uma das duas vertentes, que uma visão anule a outra, mas que se encontre um equilíbrio entre estas duas realidades que conduzam ao consenso. É um momento de transformação o que se vive hoje. As sociedades contemporâneas vivem um impasse, um momento de incertezas, incompreensão, transição.

Hans Kelsen morreu na Califórnia, onde lecionava na Universidade de Berkeley. Emigrou para os Estados Unidos em 1940, quando o contexto político na Europa começava a revelar-se perigoso para os acadêmicos; com a ascensão de Hitler e o crescimento do 3º. *Reich*, a guerra tornava-se eminente.

Norberto Bobbio, em sua autobiografia, divide sua própria vida entre os momentos vividos antes e depois da queda do fascismo na Itália. Teve de aceitar o regime, não pediu exílio, mas tão logo despontaram as forças de resistência na Itália uniu-se ao movimento ativamente, lutando pelo fim deste regime no seu país.²⁴¹ Eram positivistas, nem por isso fascistas, nazistas, totalitaristas.....

²⁴¹ "Em certo momento de nossa vida –os vinte meses que medeiam entre 8 de setembro de 1943 e 25 de abril de 1945–, vimo-nos envolvidos em acontecimentos maiores do que nós. Da total falta de participação na vida política italiana, que nos impingira o fascismo, vimo-nos, por assim dizer, moralmente obrigados a nos ocupar com a política em circunstâncias excepcionais –as da ocupação alemã e as da guerra da Libertação. Nossa vida foi abalada. Todos nós passamos por dolorosas experiências: medo, fugas, detenções, encarceramentos. E perdemos pessoas queridas.

É notório o preconceito de cientistas políticos, dos pesquisadores das áreas de ciências exatas e dentro do próprio contexto jurídico acadêmico, em relação à filosofia. A imagem que se tem do filósofo é a de um sujeito alheio à realidade, aos fatos, ao mundo do ser, em que as reflexões apresentadas neste trabalho poderiam significar, tão somente, divagações acerca do que deveria ser.²⁴² Este preconceito pode levar à conclusão de que nada existe de concreto ou viável para a transformação do mundo e que qualquer questionamento a respeito da sociedade, das diferenças sociais, e qualquer sugestão de modificação desta sociedade não passam de alucinações.

A história é um elemento fundamental para a compreensão e produção do conhecimento na filosofia do direito e na ciência política. O vocabulário utilizado corriqueiramente em trabalhos nestas áreas têm sua construção etimológica na Grécia antiga. Palavras triviais como *justiça, política, república, tirania, democracia, ética*, são vocábulos “inventados”²⁴³ pelos filósofos gregos, que transcenderam os limites espaciais e temporais, compondo a linguagem

Por tudo isso e depois de tudo, jamais voltamos a ser o que éramos antes. Nossa vida dividiu-se em duas partes, um “antes” e um “depois”, que no meu caso são quase simétricos, pois em 25 de julho de 1943, quando o fascismo ruiu, eu tinha 34 anos: chegara ao *mezzo Del cammin* de minha vida. Ao longo de vinte meses, entre setembro de 1943 e abril de 1945, nasci para uma nova existência, completamente diversa da anterior, que considero como pura e simples antecipação da vida autêntica, iniciada com a Resistência, da qual participei como membro do Partido de Ação.” (Norberto Bobbio, *Diário de um século*, p.1).

²⁴² No entanto : “não há ciência social digna desse nome sem reflexão a respeito de seu próprio sentido, seu lugar, sua função, sua gênese, seus compromissos culturais, históricos, sociais, e suas potencialidades. E essa reflexão – desnaturalizante e historicizante, por excelência – só é possível *com e como o entrecruzamento discursivo – e tradições filosóficas – se defrontam e se desafiam*” (Luiz Eduardo Soares, *Políticas da ciências sociais: armadilhas do heroísmo esquecido de si*, p. 156).

²⁴³ “Inventar coisas não existentes e imaginá-las possíveis é a marca peculiar de duas modalidades precisas de ficção: a praticada pelos loucos e a estabelecida pelos filósofos políticos. Entramos, agora, no domínio da ficção que nos interessa: o da invenção intelectual de mundos sociais possíveis”. (Renato Lessa, *Por que rir da filosofia política?*, p. 165).

contemporânea – filosófica e ordinária. A relação entre objeto e realidade é muito mais visível na ciência política, cujo objeto não precede o estudo, o aprendizado: o objeto é contemporâneo.

Os autores considerados clássicos não o são gratuitamente. Possuíam a capacidade de descrever mundos imaginários, ideais. Platão concebeu a Cidade Justa, Hobbes escreveu o Leviatã, Marx visualizou o Comunismo. Infinitos são os exemplos que podem traduzir ou ilustrar esta capacidade ou habilidade. A complexidade do pensamento, a lógica do raciocínio, a forma como todo um sistema é descrito e desenvolvido com riqueza de detalhes eleva estes autores à categoria de inventores: de desenhos sociais alternativos, de mundos imaginários. Suas invenções, através de vários processos de decantação, acabam sendo incorporadas no cotidiano, trivializadas na vida ordinária, o que não elimina o fato de que, em sua origem, estas idéias tenham sido extra-ordinárias, talvez escandalosas, um pouco chocantes, mas nada triviais. Assim foram concebidos os partidos políticos, os tribunais independentes, os direitos humanos... e foram construídos e destruídos alguns paradigmas.

O conjunto das idéias que compõem a filosofia do direito é destruído em frações de segundos pelas teorias sociológicas. As sociedades propostas por estes filósofos, teóricos do direito, não correspondem ao mundo real. O mundo da vida, o véu de ignorância, o juiz Hércules não existem, são hipóteses sem comprovação. Neste enfoque, toda filosofia que é, por natureza, deontológica, é descartável. A importância de suas teorias não repousa em sua verificabilidade, mas na possibilidade de mudança. É sempre uma tentativa de visualizar a situação

de maneira diversa... e melhor. A filosofia não é um conjunto de idéias metafóricas, devaneios e ilusões, é um esforço intelectual contínuo para achar soluções para a situação de miséria e desigualdade humanas.

Quando se lança um olhar crítico sobre a realidade, falar em justiça parece uma ironia. É visível que o mundo justo está longe de ser alcançado, o que não justifica que morra a luta por ele. A filosofia é muito mais do que o *dever ser*, é o que *se gostaria que fosse*. Ainda que o idealismo assumido seja o suicídio acadêmico, a negação da formação humana de um indivíduo e o reflexo do contexto social em sua vida é ingenuidade.²⁴⁴ É a forma como os homens percebem a realidade que conduz à mudança, e esta habilidade é exclusiva da espécie humana, não pode ser preterida.

O conceito de justiça pode ser um objeto distante da realidade, mas o estudo dos conceitos é de fundamental importância, precipuamente na área de ciências humanas. É inaceitável a formação dogmática de juristas que não estejam aptos a definir justiça e outros conceitos correlatos (moral, ética, princípio, equidade,...). Conceituar é fundamental para o conhecimento. É preciso conhecer para mudar, e a esperança de que a realidade possa ser modificada é o que alimenta o espírito dos filósofos.

Por que a preferência em pressupor que os homens não estão aptos a conviver? Por que as teorias da institucionalização colocam seus fundamentos na separação entre os homens e não em sua comunhão? Não seria este o erro: partir da pressuposição de que o homem não consegue conviver com seus semelhantes?

²⁴⁴ Renato Lessa em aula de Teoria Política I, proferida em maio de 2000 no IUPERJ, ensinava: "Na filosofia, como no vôlei, a recepção é fundamental."

Empiricamente observa-se que todas as espécies de animais vivem em comunidades (bandos, rebanhos,...) por que o homem seria o único animal a agir diferentemente? Por causa de sua racionalidade, que o distingue das demais espécies? Então é razoável concluir-se que o homem, por ser um animal racional, e fazendo uso de sua racionalidade, está condenado a viver em estado de guerra com seu semelhante.

Os filósofos podem estar situados no mundo do dever ser, mas são seres conscientes de sua historicidade, criativos, geniais. Platão, Montesquieu, Rousseau descobriram mundos novos. A eles devemos o conceito de República, a teoria da tripartição dos poderes (vigente -teoricamente- em todos os sistemas jurídicos ocidentais), e a teoria do contrato social, que explica o nascimento do estado moderno na forma vigente. Estas teorias podem ser compreendidas como mitos, delineadas teoricamente, mas jamais foram colocadas em prática na forma como foram concebidas. O fato é que as instituições existentes hoje foram delineadas a partir destas idéias, ainda que tenham sido corrompidas, e, portanto, são o arcabouço teórico dessas instituições, do Estado Moderno, do Governo e dos poderes de um e de outro.

Cronologicamente, no paradigma nascente, a idéia de justiça surge enquanto equidade, como etapa necessária à igualdade, que deve evoluir para liberdade igual.²⁴⁵ Ela passou a confundir-se com a lei, e Bobbio retoma suas

²⁴⁵ "A **Equidade** é definida como a **liberdade instrumental igual e independente** de diferentes justiciáveis (dos indivíduos, por exemplo) em um espaço de escolha definido, ou como *uma situação equivalente*. É o conceito básico e mais simples da análise da liberdade igual, e o instrumento básico da análise de situações mais complexas. (A palavra 'equidade' provém do termo latino que significa *igual*, e *liberdade igual* é a igualdade ética geral; semioticamente, a

origens, sendo essa definição de justiça através da igualdade e liberdade, que norteia a inteira concepção deste trabalho, ela reaparece nos autores contemporâneos e seus modelos teóricos, assim como estava presente nos autores do paradigma jusnaturalista: a equidade de Aristóteles, a igualdade de Hobbes, a liberdade de Kant.

Supera-se a concepção jusnaturalista dos direitos naturais imutáveis no tempo e no espaço. Revê-se a concepção formalista juspositivista que coloca a primazia da forma sobre o conteúdo. O direito deve ser materializado formalmente para que seja garantida sua legitimidade, mas certos conteúdos são intocáveis. Eles são tratados nas novas teorias que destacam a reserva de direitos às pessoas, que lhe são devidos por justiça.

palavra Equidade corresponde, aqui a 'liberdade instrumental igual e independente'." (Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas da justiça*, p. 191).

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ANDRADE, Maria Soares de e SIMÕES, Maria Izabel. *Dicionário de mitologia greco-romana*. São Paulo: Abril cultural, 1973.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova cultural, 1987.
- _____. *A Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, s/d.
- AUTORES DIVERSOS. *Dictionnaire illustré des philosophes*. Paris: Éditions Seghers, 1962.
- BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy: participatory politics for a new age*. Berkeley: University of California Press, 1984.
- BENJAMIN, Walter, HORKHEIMER, Max, ADORNO, Theodor W., HABERMAS, Jürgen. Textos escolhidos; traduções de José Lino Grünnewald [et al.]. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril cultural, 1980.
- BENDA, Julien. *O Pensamento vivo de Kant*. São Paulo: Livraria Martins, 1961.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____. *Diário de um século: autobiografia*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- _____. *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*. 4^a.ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1984.
- _____. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 1958.

- _____. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco et alii. *Dicionário de política*. Vol. 2. Brasília: Edunb, 12^a ed., 1999.
- BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. 25^a edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Disponível em <<http://www.Cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno21.shtml>> Acesso em 9 out. 2001.
- _____. *Problemas abiertos em la filosofia Del derecho*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno1.shtml>> Acesso em 9 out. 2001.
- _____. *Por que es importante Dworkin?* Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno2.shtml>> Acesso em 9 out. 2001.
- CÂNDIDO, Antônio e CASTELLO, José Aderaldo. *Presença da literatura brasileira: do romantismo ao simbolismo*. Vol. II. São Paulo: Difusão européia do livro, 1968.

- CARRAHER, David. *Senso Crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- CHÂTELET, François. *Uma História da razão*. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DÍAZ, Elias. *Legitimidad y justicia: la constitución, zona de mediación*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno4.shtml>> Acesso em 9 out. 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- FELIPE, Sônia T. (org.) *Justiça como equidade (Kant, Rawls, Habermas)*. Anais do Simpósio Internacional de Justiça. Florianópolis: Insular, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho como sistema de garantías*. In: *Estudios*.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio – Século XXI*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.
- GERNET, Louis. *Droit et institutions en Grèce antique*. Paris: Flammarion, 1982.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. págs 513-522.
- GOULD, Carol C. *Rethinking Democracy: freedom and social cooperation in politics, economy and society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa*. Vol. I. Madrid: Taurus, 1999.

- _____. *Teoria da ação comunicativa*. Vol. II. Madrid: Taurus, 1999.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____. Nos limites do Estado. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 18 de julho de 1999. Mais! p. 4-6.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova cultural, 1988.
- KANT, Immanuel. *A Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *A paz perpétua* In: *A Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- _____. *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita*. In: *A Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- _____. *Resposta à pergunta: que é o iluminismo?* In: *A Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOLM, Serge-Christopher. *Teorias modernas da justiça*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUKATHAS, Chandran e PETIT, Philip. *Rawls : “Uma Teoria da justiça” e seus críticos*. Lisboa: Gradiva, 1995.
- LESSA, Renato. Por que rir da filosofia política?
_____. A gênese da desordem. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 8 de setembro de 2001. *Jornal de Resenhas*, p. 8.
- LEVINE, Donald N. *Visões da tradição sociológica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, s/d.
- LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 5ª. Ed. São Paulo: Cortez, 1994.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Filosofia y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 5ª. Ed. São Paulo: Martins, 1974.
- NINO, Carlos Santiago. *Justicia*. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuaderno14.shtml>> Acesso em 9 out. 2001.
- NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. nº 59. Brasília: Edunb, 1982.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Kant, Rawls e a fundamentação de uma teoria da justiça*. In: FELIPE, Sônia T. (org.) *Justiça como equidade (Kant, Rawls, Habermas)*. Anais do Simpósio Internacional de Justiça. Florianópolis: Insular, 1998.

PETRAS, James. *Os fundamentos do neoliberalismo*. Trad. Amílcar d'Avila de Mello. In: RAMPINELLI, Waldir José e OURIQUES, Nildo Domingos. *No fio da Navalha: crítica das reformas neoliberais de FHC*. São Paulo: Xamã, 1997.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SALGADO, Carlos Joaquim. *A Idéia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SILVA, Benedicto (coord. geral). *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

TUGENDHAT, Ernst. *Problemas de la ética*. Barcelona: Grupo editorial Grijalbo, 1988.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. *Citações e notas de rodapé*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.

VIEIRA, Leonardo Alves. *Direito e justiça em Kant e Schelling. Uma controvérsia paradigmática*. In: FELIPE, Sônia T. (org.) *Justiça como equidade*

(Kant, Rawls, Habermas). Anais do Simpósio Internacional de Justiça. Florianópolis: Insular, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei/ temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa omega, 1994.