

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

MÁRCIO BARBOSA ZERNERI

FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL E REFORÇO DE
VÍNCULO DE PROGRESSIVIDADE

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2017

MÁRCIO BARBOSA ZERNERI

FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL E REFORÇO DE
VÍNCULO DE PROGRESSIVIDADE

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutor em Direito: efetividade do Direito, sob a orientação da Prof.(a), Dr.(a) Nathaly Campitelli Roque

SÃO PAULO

2017

BANCA EXAMINADORA

Dedico esse trabalho aos meus pais, Oswaldo e Maria (in memoriam) e à minha esposa Elis.

AGRADECIMENTO

Aos professores da pós-graduação stricto sensu em Direito da PUC-SP, pelo muito que cada um me deu e em especial à professora Nathaly Campitelli Roque, pela orientação paciente, pelos seus ensinamentos e pelo constante incentivo na realização do presente trabalho.

RESUMO

No presente trabalho, partindo de uma visão sociológica, com relação aos sistemas jurídicos, foi possível verificar que para esse meio de organização social adequar-se à nova ordem imposta pelo Estado Democrático de Direito, tornou-se necessário que superasse sua dimensão formal, por meio de uma reestruturação funcional. Dessa forma, admite-se que as funções sociais do direito foram reestruturadas, buscando-se pela via da promoção, oferecer prestações positivas ou negativas. Essa técnica visa, por meio da normatização, desencorajar as condutas indesejáveis e encorajar os comportamentos desejados, utilizando-se de recompensas e benefícios sociais. A proposta da doutrina social, foi considerada como alternativa de superação do modelo liberal-individual. Para que o indivíduo possa atingir um desenvolvimento pleno na sociedade, torna-se necessário uma relação de interdependência, portanto exigindo compromissos solidários e recíprocos que permitam o progresso de ambos. Nesse contexto, o Estado fica submetido ao Direito, sendo, portanto, um prestador de serviços à população, onde a boa gestão pública é fruto da obediência às leis e do governante que utiliza o poder estatal para o bem comum. A Constituição de 88 adotou um modelo de democracia participativa, onde tanto o povo quanto o Estado submetem-se à legislação nacional. A função promocional do direito, cujo dever jurídico está vinculado ao núcleo constitucional, possibilita a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, compelindo a atuação dos poderes estatais nessa diretiva. Ocorre que, ao aceitar essa perspectiva de vínculos e diretrizes como fundamentos do dever jurídico que compele o Estado em legislar e efetivar os direitos fundamentais-sociais, é forçoso admitir que essas manifestações materiais são resultantes de uma síntese. Dessa forma é apresentada a tese de que a efetivação baseada no raciocínio anterior ocorre por meio de uma síntese promocional, em razão de que os vínculos e diretrizes condicionam as ações futuras do Estado (executivo/legislativo/judiciário) a atingir fins determinados. Esses resultados efetivam-se como renovações estruturais (leis, programas, prestações e decisões individuais e coletivas) que ao nascerem das efetivações, reforçam referencialmente a progressividade constitucional.

Palavras chave: direito e função, síntese promocional e progressividade

ABSTRACT

In the present work, starting from a sociological view on legal systems, was possible to verify that social organization adapt to the new order imposed by the Democratic State of Right, to surpass formal dimension, was necessary creates a functional restructuring using affirmative actions, offering positive or negative benefits. This technique is a set of laws, policies, guidelines, and administrative practices, to discourage undesirable behaviors and encourage desired behaviors, using rewards and social benefits. The proposal of the social doctrine was considered to overcome the liberal-individual model. For the individual to be able to achieve full development in society, a relationship of interdependence is necessary, thus requiring mutual and reciprocal commitments that allow the progress of both. The State is subject to the Law, and is therefore a provider of services to the population. Good public management is the fruit of obedience to the laws and the ruler uses state power for the common good. The Constitution of 1988 adopted a model of participatory democracy, in which both the people and the state are subject to national legislation. The promotional function of law, whose legal duty is tied to the constitutional nucleus, enables the realization of fundamental and social rights, compelling the actions of the state powers in this directive. In accepting this perspective of links and guidelines as the basis of the legal duty that compels the State to legislate and enforce fundamental social rights, it must be admitted that these material manifestations are the result of a synthesis. In this way, the thesis is presented that the effectiveness based on the previous reasoning occurs through a promotional synthesis, since the bonds and guidelines condition the future actions of the State (executive / legislative / judiciary) to achieve determined purposes. These results are effected as structural renovations (laws, programs, benefits and individual and collective decisions) that, when born of effectiveness, reinforce referentially the constitutional progressivity.

Key words: law and function, synthesis function, progressivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 – DIREITO E SOCIEDADE À LUZ DA EXPERIÊNCIA	13
1.1 – DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS: UMA QUESTÃO DE FUNÇÃO SOCIAL	28
1.2 – OS SISTEMAS FORMAIS DE KELSEN, ROSS E A ABERTURA COGNITIVA DE LUHMANN	33
1.3 – OS SISTEMAS DISCURSIVOS DE HABERMAS E DWORKIN	61
1.4 – ASPECTOS PROMOCIONAIS DO DIREITO NA PERSPECTIVA FUNCIONAL DE ARNAUD E DULCE, CANOTILHO, BOBBIO E HART	81
2 – DIREITO E DEMOCRACIA: UMA QUESTÃO DE EFICÁCIA SOCIAL	108
2.1 – DEVER JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO PROGRESSIVA	119
2.2 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS	127
2.3 – OS NOVOS INSTRUMENTOS E A RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA ..	140
3 – FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE	160
3.1 – FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE: NO ÂMBITO DO LEGISLATIVO E EXECUTIVO	168
3.2 – FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE: NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO	173
CONCLUSÃO	198
BIBLIOGRAFIA	205

INTRODUÇÃO

As grandes revoluções Francesa (XVIII) e Industrial (XIX), amparadas no trinômio liberdade-igualdade-fraternidade, alteraram a trajetória mundial em defesa dos ideais burgueses (liberalismo econômico). A continuidade dessa luta pressionou os estados capitalistas e possibilitou a conquista de novos direitos que garantiram a elevação da qualidade de vida em patamares humanizados, sendo catalogados em declarações de direitos fundamentais e constituições.

A comunidade jurídica brasileira, desde antes da Constituição de 1988, já manifestava a sua preocupação com os chamados direitos transindividuais conforme se verifica na própria legislação, vide o exemplo da lei federal número 7347/85 (ação civil pública), que entre outros temas de interesse difuso defende o meio ambiente e o consumidor. Além disso, a partir de 1985, vários tratados de direitos humanos, foram incorporados ao ordenamento jurídico nacional, criando um elenco de direitos de última geração, com fundamento ético-político.

A própria Constituição de 88 e o conjunto de legislação dos anos 90, foram resultados da influência desses direitos humanos de última geração. Nesse contexto, as carreiras jurídicas foram submetidas ao desenvolvimento de novos rumos e os profissionais da área jurídica tiveram que alterar significativamente suas práticas e seus fundamentos teóricos.

Expressões como neoliberalismo e exclusão social, acompanhadas de movimentos populares, como: “sem teto” e “sem terra” acabaram por revelar um sistema jurídico distante dos anseios da população (anacronismo jurídico).

Essa situação promoveu o despertar de um sono dogmático, onde os operadores do direito, perguntavam-se uns aos outros, qual o objetivo de suas carreiras? Qual a verdadeira função do Direito?

(...) Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à Justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de "textura aberta", como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmada. (Faria, 2002, p.52-53)

Esse contexto deu origem a manifestações no ensino e na prática jurídica, tais como o “direito alternativo” que contestava o distanciamento do direito da realidade social e que permitiu a ocupação de terras improdutivas e garantiu a liberdade para delitos insignificantes, conforme destaca Rodrigues:

A América Latina, e em especial o Brasil, vê a partir da década de oitenta, a estruturação de um novo movimento crítico: o Direito Alternativo. Este não se constitui, ainda, em uma escola jurídica ou em um movimento homogêneo. Não é ele também — necessário frisar isso — a negação dos demais movimentos críticos. Pelo contrário, é a sua consequência prática mais perceptível. Nesse sentido, quando se fala do Direito Alternativo como superação da crítica tradicional, se está referindo a ele como processo de absorção de seus avanços e eliminação — ou busca de eliminação — dos seus equívocos e lacunas. (...) (Rodrigues, 1993, p.151)

Dessa forma, surgiu a necessidade de uma sistematização adequada para que a comunidade jurídica pudesse compreender com profundidade a função humanitária do Direito, na defesa das causas sociais e no resgate da cidadania, tendo como resultado prático, a eliminação de qualquer forma de exclusão.

Estas conquistas compõem um patrimônio de direitos fundamentais e sociais, que integram a Constituição de 88, que segundo seus objetivos deve ser promovido pelo Estado. Foi definida uma diretriz rumo a efetivação da justiça social, que a sociologia denominou de Função Promocional do Direito.

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, demonstra a intrínseca relação que o Direito mantém com o fenômeno social e como sua sistematização ocorreu no campo científico, definindo sua missão em uma questão de função social, conforme destacado na obra de Losano, Canaris e Arnaud e Dulce.

Nesse sentido, tornou-se necessário identificar a influência do criticismo, relativismo e positivismo, à luz da obra de Reale, Montoro, Kant, Comte, De Cicco, Hume, Mendonça, Bobbio, Nunes e Ferraz Junior.

Do ponto de vista sistêmico, inicialmente foram descritos os sistemas formais de Kelsen (proibição/repressão) e Ross (linguagem/proibição/permissão), e a abertura cognitiva em Luhmann (autopoiese/estabilização de expectativas). E posteriormente, os sistemas discursivos de Habermas (agir comunicativo/facticidade/validade) e

Dworkin (juiz Hércules/reconstrução jurídica) com aceitação de princípios e regras num mesmo plano jurídico.

Na análise funcional, foram apontadas as funções sociais do Direito, com ênfase nos aspectos promocionais, na perspectiva de Arnaud e Dulce, Canotilho, Bobbio e Hart.

No segundo capítulo, foram utilizadas as obras de Duguit, Bobbio, Freire e Santos, relativas à doutrina social e a interdependência como base da relação entre os indivíduos e a sociedade. Nesse contexto, o Estado está submetido ao Direito, atuando como prestador de serviços públicos à população.

Nas obras de Canotilho, Unger, Silva, Tavares e Coelho, foram descritas as questões relativas ao dever jurídico e a progressividade constitucional.

Na sequência, nas obras de Fachin, Ferreira, Bastos, Ferreira Filho, Mendes e Branco, Bonavides, Esteves, Schwarz e Roque, foi apresentada a perspectiva dos estados democráticos quanto a sua eficácia social relativa aos direitos fundamentais e sociais.

Em continuidade, nas obras de Carvalho, Bobbio, Nunes, Montoro, Gusmão, Reale, Coelho, Mendonça, Roque, Marquesi, Aristóteles, Maritan, Matsushita, Dinamarco e Lopes, Diniz, Ráo e Ferraz Junior, foram citadas as tradicionais escolas de hermenêutica, representantes dos métodos: literal, histórico e sistêmico. A influência do culturalismo no resgate das ideias de bem comum e dignidade humana, como contribuição para a composição axiológica do núcleo constitucional e os novos instrumentos da reconstrução hermenêutica.

Ocorre que, ao aceitar essa perspectiva de vínculos e diretrizes como fundamentos do dever jurídico que compele o Estado em legislar e efetivar os direitos fundamentais e sociais, que compõem o núcleo constitucional, por meio de prestações e programas, por via de consequência, é forçoso aceitar que essas manifestações materiais são resultantes de uma síntese.

Dessa forma, no terceiro capítulo, para que se confirme essa tese, foi apresentada a síntese promocional do direito como um dispositivo de efetivação dos vínculos e diretrizes estatais, em três etapas. Apesar de utilizar as obras de vários autores que chegaram até o momento da efetivação, assim como os demais pesquisados, seja porque o contexto histórico das suas obras não permitia aquela

compreensão ou porque o objeto escolhido tinha outra dimensão, simplesmente passou despercebido os resultados identificados no presente trabalho como síntese promocional e reforço de vínculo de progressividade.

Destaca-se, como causa principal da ausência do registro desse fenômeno, nas teorias dos autores citados no presente trabalho, o fato de que quando reconhecem o dever jurídico, o fazem relativo a respectiva estrutura nuclear. Nessa ótica, a sua efetivação é vista como uma satisfação disponível, em razão da eficácia imediata e da progressividade tutelada pelas garantias constitucionais, presentes na mesma estrutura.

A presente tese diferencia-se dessa perspectiva, à medida em que demonstra que a efetivação baseada no raciocínio anterior ocorre por meio de uma síntese promocional, em razão de que os vínculos e diretrizes condicionam as ações futuras do Estado a atingir fins determinados. Dessa forma, esses resultados efetivam-se como renovações estruturais, que ao nascerem das efetivações, reforçam referencialmente a progressividade constitucional.

Na primeira etapa, foram utilizadas as obras de Piovesan, Canotilho, Bonavides, Fachin, Esteves e Silva, sendo demonstrado que a origem do direito como função promocional ocorreu com a chegada do Estado social e suas primeiras constituições. O Estado Democrático de Direito, deu continuidade a esse dispositivo, mantendo-se na perspectiva liberal, por meio de um sistema de vínculos e diretrizes constitucionais, cujo objetivo é a promoção da dignidade humana por meio da efetivação dos direitos fundamentais-sociais, aceitando que a Constituição brasileira é dirigente, com relação a esses temas. Sendo assim, caracteriza-se respectivamente o Estado como provedor, sendo imposta a vinculação da atividade promocional aos poderes estatais com igual responsabilidade, quando conclamados a atuar.

Na segunda etapa, utilizou-se as obras de Bobbio, Piovesan, De Cicco e Gonzaga, Carvalho, Teotônio e Dinalli, para demonstrar como o sistema de vínculos e diretrizes elevou os direitos humanos no Brasil ao patamar de política pública. Dessa forma, o executivo pôde desenvolver ações promocionais, no âmbito interno e internacional concretizando metas, como o Programa Nacional de Direitos Humanos I e II e criando órgãos, como a Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, especializada no estudo e na execução das políticas públicas por meio de programas

especiais. Recentemente, destacam-se programas de outros governamentais como Bolsa Família e PROUNI (Programa Universidade para Todos). Além disso, no plano da discriminação positiva, a criação do Sistema de Cotas nas universidades.

Além do legislador constitucional autorizar e aprovar os programas de política pública, também no plano infraconstitucional, agindo na função promocional do direito, criou diversos dispositivos normativos para efetivação das políticas sociais, como o ECA (Estatuto de proteção à criança e ao Adolescente), o Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso.

Dessa forma, ficou demonstrado o resultado da síntese promocional no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais-sociais, pelos poderes executivo e legislativo, assim como o reforço da progressividade constitucional gerado por novas estruturas (programas, órgãos e legislações).

Na terceira etapa, foram utilizadas obras de Piovesan, Gomes, Bonavides, Coelho, Muller, Silva, Ferrajoli, Alexy, Ávila e Tavares, sendo demonstrado como o sistema de vínculos compele também o judiciário na missão da efetivação dos direitos fundamentais-sociais, que deve pautar a sua atuação promocional, pelo dever jurídico instituído pelo núcleo constitucional.

Nesse sentido, essa nova hermenêutica constitucional, partindo do pensamento sistêmico estruturante, atua promocionalmente numa perspectiva garantista. Por meio da ponderação, determina estruturas, meios e fins na aplicação de princípios e regras que efetivam prestações para suprir as necessidades materiais inerentes a dignidade humana.

Desse modo, também no poder judiciário, confirmada pelas decisões ocorre a síntese promocional. Em consequência, essas renovações estruturais reforçam o vínculo progressivo.

Nessa perspectiva, apresenta-se a tese de que atualmente, a função do Direito é uma síntese promocional, cujo resultado além da efetivação, reforça o vínculo de progressividade.

1- DIREITO E SOCIEDADE À LUZ DA EXPERIÊNCIA

A relação do direito com a sociedade é tão próxima, que a primeira definição de direito, só é possível pela sua vinculação à ideia de sociedade. Tal registro surge nas obras de introdução ao estudo de direito, conforme verifica-se em Reale e Montoro:

De "experiência jurídica", em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: ubi societas, ibi jus (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: ubi jus, ibi societas, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade. O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social. (Reale, 2004, p.2)

Minha concepção de direito é decididamente sociológica. O direito não existe a não ser para os homens vivendo em sociedade, e não se pode conceber uma sociedade humana em que não haja ordem jurídica, mesmo em se tratando de um estado rudimentar. (...)

Onde instituições deste gênero existem pode-se tranquilamente afirmar que há um vínculo entre os homens. E assim que as organizações internacionais, que vemos surgir de todas as partes ao redor de nós e das quais uma das mais significativas foi, depois da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg, que julgou e condenou os principais criminosos de guerra, são igualmente manifestações irrecusáveis da existência de uma sociedade humana, à qual talvez falte apenas tomar consciência de si mesma. (Montoro, 1999, p.54-55)

Essa proximidade com o contexto social foi também um dos fundamentos na construção da relação do Direito com a Ciência.

A perspectiva do conhecimento científico desenvolve-se por meio da organização e sistematização constante do saber humano. Enquanto o senso comum não se preocupa com a organização das suas constatações diárias, a Ciência, ao contrário, leva esse fator muito a sério e por intermédio de fontes específicas procura manter a coerência, buscando com rigor explicar suas constatações:

O conhecimento científico é uma espécie de otimização desse conhecimento vulgar. A ciência busca organizar e sistematizar o conhecimento do homem. O cientista é um ser preocupado com a veracidade e a comprovação de seu conhecimento, o que faz com que construa uma série de enunciados e regras

rigorosas, que permitem a descoberta e a prova desse conhecimento. Enquanto o senso comum é difuso, desorganizado, assistematizado e advém de várias fontes desordenadas e simultâneas, o conhecimento científico tenta ser coerente, coeso, organizado, sistemático, ordenado e orientado a partir de fontes específicas e muitas vezes pré-constituídas. (Nunes, 1996, p.12)

Esse processo se caracteriza por uma espécie de domínio sobre as explicações das descobertas, que dessa forma permite a sua comprovação, sempre que se fizer necessário.

Nesse sentido, a ciência busca descrever situações, verificando efeitos a partir de causas, tal posicionamento transformou esta relação num princípio norteador do conhecimento científico, que visa indicar os fatos futuros, traduzindo-se em raciocínio lógico, pois cada vez, que é constatado um determinado efeito gerado por causas específicas, na repetição dessas causas em condições similares, obterá o mesmo efeito:

É por isso que ciência é teoria, ainda que suas hipóteses e suas leis, bem como o aprendizado, as comprovações e as constatações, tenham caráter prático, verificadas e vivenciadas que são na realidade social e real. Apesar disso, continua sendo teoria.

Toda ciência postula um método de investigação e também um objeto de investigação que lhe pertence. O método pode ser ligado diretamente ao tipo de ciência que dele se utiliza, isto é, cada ciência tem, ou, pelo menos, pode ter, um método apropriado para seu campo.

É pelo método que se elabora o conhecimento científico, o que faz com que ele seja parte integrante do próprio sistema a que serve. O objeto, por sua vez, varia, também, em função da ciência, o que vai implicando uma necessária opção de método.

Mas, naturalmente, quando se fala em ciência, objeto e método, tem-se de falar também no cientista, que é o sujeito da investigação. Assim, no conhecimento científico estão ligados sujeito e objeto, através de um método; tudo possibilitando a constatação, a construção, a aplicação e a transmissão do conhecimento científico. (Nunes, 1996, p.13)

Tal princípio permite que sejam apontados vários enunciados e regras rigorosas, como por exemplo a lei da gravidade. Estes dados possibilitam o ordenamento e a organização de um determinado campo de estudo. Quando algum enunciado ainda não puder ser comprovado, estará diante não de uma lei, mas de uma hipótese.

O conhecimento científico busca um método de investigação e, conseqüentemente, um objeto a ser conhecido dentro dos seus domínios. Ocorre que existe mais de um tipo de ciência, portanto isto condiciona um determinado objeto e a

possibilidade de um método apropriado para seu domínio, conforme verifica-se pela influência do criticismo e do positivismo.

A corrente conhecida como criticismo tem como característica um estudo metódico prévio do ato de conhecer e dos modos de conhecimentos, que em outras palavras significa uma disposição metódica do espírito no sentido de preliminarmente fixar a questão do conhecimento em função da relação sujeito-objeto, investigando suas condições e pressupostos:

Quando se fala em criticismo, pensa-se logo no filósofo que mais claramente apontou o caráter transcendental da atividade filosófica. A esta altura do Curso, vamos dar à palavra um sentido mais amplo, abrangendo certas correntes que não coincidem em pontos essenciais com o pensar do filósofo de Koenigsberg.

O criticismo, lato sensu, implica sempre um estudo metódico prévio do ato de conhecer e dos modos de conhecimento, ou, por outras palavras, uma disposição metódica do espírito no sentido de situar, preliminarmente, o problema do conhecimento em função da correlação "sujeito-objeto", indagando de todas as suas condições e pressupostos.

O criticismo marca uma atitude superadora e sintética ou, pelo menos, pretende ser superadora e sintética. O criticismo aceita e recusa certas afirmações das duas outras correntes, mas possui um valor próprio e autônomo, por ter revisto a colocação mesma dos problemas. Essa atitude não é, pois, eclética, porque resulta de uma análise dos pressupostos do conhecimento. (Reale, 1996, p.100)

Esta corrente aceita e recusa certos postulados de duas outras correntes (empirismo e racionalismo), mas possui um método próprio e autônomo, por ter revisado a posição dos problemas:

(...) O que marca e distingue o criticismo kantista é a determinação a priori das condições lógicas das ciências. Declara, em primeiro lugar, que o conhecimento não pode prescindir da experiência, a qual fornece o material cognoscível, e nesse ponto coincide com o empirismo (não há conhecimento da realidade sem intuição sensível); por outro lado, sustenta que o conhecimento de base empírica não pode prescindir de elementos racionais, tanto assim que só adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão: "os conceitos, diz Kant, sem as intuições (sensíveis), são vazios; as intuições sem os conceitos são cegas".

Essa frase é muito expressiva, ao frisar que os dados empíricos, que se obtêm através das sensações, seriam cegos ou desprovidos de significado, se desligados dos conceitos próprios do entendimento ou intelecto; e que os conceitos, por sua vez, seriam vazios, se não recebessem o conteúdo dos elementos empíricos. Há, pois, uma funcionalidade essencial entre aquilo que Kant considera a priori e os elementos da experiência: — somente se pode afirmar algo a priori, isto é, com validade em si, no ato mesmo de pensar, se essa asserção é feita em função da experiência, e só é possível experiência condicionada a conceitos admitidos a priori. (...) (Reale, 1996, p.100-101)

De Cicco (1995), relembra que esse esforço kantiano em defender as virtudes da razão tinha como meta proteger do ceticismo absoluto de Hume, a ciência experimental que estava sendo desmoralizada pela crítica que não admitia a ideia universal com base na verdade fática:

Todo esse raciocínio se aplica também ao tempo, juntamente com um argumento adicional, que valeria a pena considerar. Uma propriedade inseparável do tempo, e que constitui de certa maneira sua essência, é que suas partes são todas sucessivas, nenhuma delas podendo coexistir com outra, ainda que sejam contíguas. A mesma razão pela qual o ano de 1737 não pode coincidir com o presente ano de 1738 faz que todo momento deva ser distinto de outro, isto é, deva ser posterior ou anterior a ele. Portanto, é certo que o tempo, tal como existe, deve ser composto de momentos indivisíveis. Pois se, no caso do tempo, nunca pudéssemos chegar ao fim da divisão, e se cada momento, ao suceder outro, não fosse perfeitamente singular e indivisível, haveria um número infinito de momentos ou partes coexistentes de tempo. Acredito que todos irão concordar que isso seria uma pura e simples contradição.

A divisibilidade infinita do espaço implica a do tempo, como fica evidente pela natureza do movimento. Se a segunda, portanto, é impossível, a primeira também deve ser. (Hume, 2001, p.57)

Observa-se em Kant uma passagem em defesa da contribuição das possibilidades e dos princípios como ferramentas indispensáveis ao conhecimento, que se constitui numa oposição direta à assertiva de Hume, citada anteriormente, onde é rechaçada a ideia da divisibilidade em perspectiva profunda:

Mais significativo que todo o precedente é o fato de que certos conhecimentos abandonam mesmo o campo de todas as experiências possíveis e parecem estender o âmbito dos nossos juízos acima de todos os limites da experiência mediante conceitos aos quais em parte alguma pode ser dado um objeto correspondente na experiência.

E justamente nestes últimos conhecimentos, que se elevam acima do mundo sensível, onde a experiência não pode dar nem guia nem correção, residem as investigações de nossa razão que pela sua importância consideramos muito mais eminentes e pelo seu propósito último muito mais sublimes do que tudo o que o entendimento pode aprender no campo dos fenômenos; mesmo sob o perigo de errar, nisto arriscamos antes tudo a dever desistir de tão importantes investigações por uma razão qualquer de escrúpulo, de menosprezo ou de indiferença. Esses problemas inevitáveis da própria razão pura são Deus, liberdade e imortalidade. A ciência, porém, cujo propósito último está propriamente dirigido com todo o seu aparato só à solução desses problemas denomina-se Metafísica; o procedimento desta é de início dogmático, ou seja, assume confiantemente a sua execução sem um exame prévio da capacidade ou incapacidade da razão para um tão grande empreendimento. (Kant, 1980, p.25)

Num segundo momento da obra kantiana, foram criadas as categorias de quantidade, qualidade e relação, e também os juízos que pode realizar de forma relativa a essas categorias:

Em todos os juízos em que for pensada a relação de um sujeito como predicado (se considero apenas os juízos afirmativos, pois a aplicação aos negativos é posteriormente fácil), essa relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) nesse conceito A, ou B jaz completamente fora do conceito. A, embora esteja em conexão com o mesmo. No primeiro caso denomino o juízo analítico, no outro sintético. Juízos analíticos (os afirmativos) são, portanto, aqueles em que a conexão do predicado com o sujeito for pensada por identidade; aqueles, porém, em que essa conexão for pensada sem identidade, devem denominar-se juízos / sintéticos. Os primeiros poderiam também denominar-se juízos de elucidação e os outros juízos de ampliação. Com efeito, por meio do predicado aqueles nada acrescentam ao conceito do sujeito, mas somente o dividem por desmembramento em seus conceitos parciais que já eram (embora confusamente) pensados nele, enquanto que os últimos ao contrário acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que de modo algum era pensado nele nem poderia ter sido extraído dele por desmembramento algum. (...)

Os juízos de experiência como tais são todos sintéticos. Com efeito, seria absurdo fundar um juízo analítico sobre a experiência, pois para formar o juízo de modo algum preciso sair do meu conceito nem, portanto, de nenhum testemunho da experiência. Que um corpo é extenso, eis uma proposição certa a priori e não um juízo de experiência. Pois antes de recorrer à experiência já possuo no conceito todas as condições para o meu juízo, conceito do qual posso extrair o predicado segundo o princípio de contradição e com isso tornar-me ao mesmo tempo consciente da necessidade do juízo, coisa que a experiência nunca me ensinaria. (Kant, 1980, p.27-28)

De Cicco (1995) afirma que nesse instante se consolidava o pensamento relativista na obra de Kant, já que a experiência de cada um é diferente de outrem, embora os juízos *a priori* e as categorias estejam presentes em todo o ser humano racional. Tal pensamento preservou a utilidade da razão sem menosprezar a experiência, conciliando as correntes racionalista francesa e empirista inglesa no seu idealismo transcendental:

Juízos matemáticos são todos sintéticos. Embora incontestavelmente certa e muito importante em sua consequência, esta proposição parece ter passado até agora despercebida às observações dos dissecadores da razão humana, parecendo antes justamente opor-se a todas as suas conjeturas. Com efeito, por ter-se descoberto que as referências dos matemáticos procedem todas segundo o princípio de contradição (o que a natureza de cada certeza apodítica exige), persuadiram-se que também os princípios seriam conhecidos a partir do princípio de contradição. Nisso se enganaram, pois, uma proposição sintética pode seguramente ser compreendida segundo o princípio de contradição, mas somente de tal modo que se pressuponha

uma outra proposição sintética da qual a primeira possa ser inferida, jamais, porém em si mesma.

Antes de tudo precisa-se observar que proposições matemáticas em sentido próprio são sempre juízos a priori e não empíricos porque trazem consigo necessidade, que não pode ser tirada da experiência. / Se não se quer conceder isso, pois bem, então limito minha proposição à matemática pura, cujo conceito já traz consigo que ela não contém conhecimento empírico, mas só conhecimento puro a priori. (Kant, 1980, p.28-29)

Nesse sentido, o conhecimento do objeto submete-se aos pressupostos lógicos do relativismo criticista no que tange a teórica ou a razão pura. Ou seja, os juízos *a priori* da sensibilidade às estruturas do intelecto, limitando o sujeito cognoscente à compreensão fenomenológica por meio da experiência.

Ainda sobre os juízos analítico e sintético, Mendonça descreve que no primeiro a verdade é evidente – o círculo é redondo – e no segundo são acrescentados caracteres – a parede é amarela – a cor não pertence à natureza da parede, porém em razão da experiência cognitiva humana inclui-se um predicado que não é extraído do próprio objeto:

Pensamento, para Kant, é elaboração de juízos. Quando dizemos que o círculo é redondo ou que a parede é amarela enunciamos dois tipos distintos de juízos. O primeiro é um Juízo analítico e outro é sintético. O círculo é redondo é um juízo analítico porque o predicado (redondo) que atribuo ao sujeito (círculo) corresponde, integra a natureza do sujeito e um processo de análise o extrai do próprio sujeito. A parede e amarela é um juízo sintético porque o predicado (amarelo) é algo que não integra a natureza do sujeito (parede) mas que lhe acrescento, em razão da experiência, como poderia acrescentar outra cor ou outra qualidade. Afirma então Kant que os Juízos analíticos são universais e necessários, mas são tautológicos, ou seja, nada acrescentam de novo. Não há progresso, não há conquista científica nos juízos analíticos. A ciência progride afirmando predicados que não integram a natureza do sujeito, ou seja, através de juízos sintéticos, que derivam da experiência. O problema é que a experiência não nos revela a coisa em si, apenas os fenômenos, condicionados temporal e espacialmente. (Mendonça, 1999, p.115-116)

Nesse contexto, para os céticos esses juízos sintéticos jamais poderiam alcançar a universalidade presente nos analíticos, porque estavam presos e limitados à experiência.

Quem poderia garantir que as cores poderiam ser aplicadas em todas as paredes?

Como visto anteriormente, Kant enfrentou a questão e defendeu que os juízos sintéticos que decorrem da experiência são aceitos como universais e necessários, em razão da forma de pensar do sujeito. Os homens formulam juízos científicos, que são sintéticos *a priori* para todos os homens, pois a sua universalidade vem do próprio sujeito e não do objeto.

Por isso, quando se afirma que o aumento da temperatura promove uma dilatação dos corpos, reivindica-se uma aceitação global, pois todos os homens têm a mesma natureza e conseqüentemente o fenômeno produzido por esta experiência só pode ser visto de uma mesma maneira. Sendo assim, a universalidade surge da exigência da forma de pensar humana que segue um padrão mental:

Segundo ele, os juízos sintéticos, decorrentes da experiência, adquirem a rotulagem de universais e necessários, equivalente aos juízos analíticos, graças à estrutura de pensar do sujeito. A experiência fornece o dado e o sujeito modela esse dado com suas condições subjetivas, mas o conhecimento científico é universal porque o sujeito do conhecimento pensa sempre da mesma forma, em razão da nota de apriorismo, comum aos juízos analíticos. Todos os juízos científicos, para ele, são sintéticos *a priori* e quem dá essa a prioridade e conseqüente universalidade é o sujeito. Graças ao elemento formal, subjetivo, que se encontra nos juízos sintéticos, podemos dizer que o calor dilata os corpos, com validade universal, valor universal que não decorre do objeto, mas do fato de que todos os homens têm, tiveram e terão sempre a mesma natureza e, portanto, só podem e só poderão relacionar desta forma os dados da experiência. A universalidade não radica, assim, na objetividade, mas na subjetividade, na identidade da situação mental dos homens. (...) (Mendonça, 1999, p.116-117)

Mendonça observa, tanto com relação ao criticismo quanto ao criticismo jurídico, que o problema é o subjetivismo extremado, pois o conhecimento jamais pode ser construído sem a base objetiva. Não se trata de se reconhecer um condicionamento inevitável da experiência, mas sim de se reconhecer a partir dos estudos psicológicos a inevitável fonte do conhecimento que é a relação humana, realizadora de uma experiência que a tudo alcança. Em razão disso, destaca que o próprio conhecimento jurídico não pode ser reduzido a um puro formalismo, sem a devida compreensão da realidade.

Nesse sentido, afirma Mendonça que o equívoco criticista de Kant a Kelsen, era o de se vislumbrar as relações somente no plano da lógica, como exigências do pensar, esquecendo-se que estas são antes, exigências do ser. As relações humanas

são ontológicas, de modo que quando se pensa o ser, se pensa em relação a outro ser:

Todos os reparos críticos à concepção kantiana podem ser reafirmados em relação a Kelsen, na medida em que, não historicamente, mas dialeticamente, a concepção kelseniana se deriva da posição de Kant. Embora ele afirme que desconhecia as obras de Kant quando escreveu sua Teoria Pura do Direito, Kelsen retoma o pensamento kantiano expresso na Crítica da Razão Pura Teórica. Com muito mais razão aplicam-se a ele, portanto, os reparos já feitos relativos a um conceito de Direito esvaziado de qualquer relação com a realidade e o valor.

Em Direito Natural e Outros Ensaios, ele procurou explicar porque caracterizava o Direito como uma categoria relativamente apriorística. Afirmou então que o Direito não sena uma exigência absoluta, mas uma exigência relativa da consciência, pois o que determina essa exigência de pensar, o que faz com que, num grupo social os fenômenos sejam relacionados segundo essa categoria apriorística, é o poder do grupo social dominante, que Impõe seus interesses aos demais grupos que Integram a sociedade. Com essa afirmação, reduz o Direito à expressão de uma técnica de poder de um grupo, a uma técnica de força. Chega assim ao ponto oposto àquele que foi o ponto de partida de sua concepção. Fica abandonado todo o cenário teórico de Kant, de onde partiu. O Direito, mera exigência lógica de pensar a empiria social, passa a ser condicionado por realidades sociais. Essas afirmações colocam Kelsen em posição rigorosamente positivista, materialista, abalando fundamentalmente toda sua concepção acerca da natureza do Direito.

Tanto o positivismo quanto o criticismo terminaram esvaziando o Direito de seu conteúdo valorativo, ético, e terminaram na mesma indigência, na mesma pobreza de explicação de um conceito universal. Enquanto o positivismo é expressão de um relativismo objetivo, o criticismo expressa um relativismo subjetivo. Ao contrário da posição sustentada por ambos, existe um universo extramental objetivo do qual conhecemos não só as manifestações, os fenômenos, mas, através destes, seu conteúdo ontológico, a natureza do ser, as propriedades do ser. (Mendonça, 1999, p.125-126)

Reale lembra que outra corrente relativista foi o positivismo de Comte, para quem o homem estaria limitado ao conhecimento exclusivo dos fenômenos e que esta ação necessita dos instrumentos da ciência positiva:

Outra posição relativista é aquela que nos é dada por Augusto Comte e por todos os positivistas. Também Comte declara que não podemos conhecer senão fenômenos. O conhecimento dos fenômenos está na dependência dos recursos das ciências positivas, culminando em uma síntese que outra coisa não é senão a Filosofia. (...)

O relativismo positivista baseia-se na apreciação do saber como saber positivo de "relações", que marcaria a terceira fase evolutiva da Humanidade, superando os chamados estados "teológico" e "metafísico". (Reale, 1996, p.166-167)

Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do

universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir. (Comte, 1978, p.4)

No campo do direito, o relativismo de Kant, Comte e posteriormente Kelsen, pode ser reconhecido como ponto de origem de um novo posicionamento das questões da filosofia jurídica.

Para Bobbio, o positivismo jurídico tem sua origem na iniciativa de fornecer ao direito uma metodologia científica com rígidos parâmetros conforme as demais ciências, ou seja, eliminando de seu universo o juízo de valor, dando ênfase à ideia de validade da norma:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (...) (Bobbio, 1995, p.135)

Nesse contexto, imagina-se a validade do direito como sendo o reconhecimento da existência das normas e sua obrigatoriedade, que se traduz em característica do direito. Pode-se relacionar a validade com duas perspectivas, inicialmente com a fonte, ou seja, uma norma é válida se existe juridicamente e se for produzida por uma fonte competente.

Nesse aspecto, a validade não pode ser indagada com relação ao conteúdo normativo, ainda que em confronto com elementos da moral ou da política, porém pode ser questionada com relação à regra definida no momento da sua criação.

E posteriormente com o mínimo de eficácia, pois o máximo de eficácia determinaria a ausência de necessidade do direito e a inexistência de eficácia demonstraria que não se tem validade:

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da validade, considerando, portanto, como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia.

Uma corrente jurídica contemporânea (surgida no início do século passado), que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido genérico, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito, sustenta que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia. O direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado: logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é, conseqüentemente, direito. A doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de escola realista do direito, pode ser resumida da seguinte maneira: é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade. (Bobbio, 1995, p.142)

A perspectiva da fonte nos oferece o formalismo como característica da definição juspositivista do direito como válido, enquanto que a perspectiva da eficácia dá a definição do direito como norma eficaz, apregoada pela escola realista do direito que pode em sentido genérico ser considerada pertencente ao positivismo jurídico, porém em sua diversidade tem um elemento em comum são definições anti-ideológicas, definições que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito:

As diferentes definições do direito dadas pela escola realista e aquelas da escola positivista (em senso estrito, por exemplo, a de Kelsen) decorrem do ponto de vista diverso em que os expoentes das duas escolas se colocam, para considerar o fenômeno jurídico; os juspositivistas enfocam o direito pelo ângulo visual do dever ser, considerando assim o direito como uma realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do ser, considerando assim o direito como uma realidade fatural.

É incorreto considerar incompleta a definição juspositivista baseada no requisito único da validade; esta realmente se adequa e reflete fielmente a atitude operativa, que efetivamente o jurista assume. O jurista, ao desenvolver a sua atividade, se coloca diante do direito de um ponto de vista normativo, considera as normas jurídicas no plano do dever ser: ele, antes de estudar o conteúdo de uma norma ou de um instituto jurídico, se pergunta se eles são válidos, mas não se indaga também se são eficazes, isto é, se ou em qual medida foram, são ou serão aplicados.

A diversidade entre a definição juspositivista e a realista nasce, em última análise, do modo diverso de individualizar a fonte do direito. O que significa para um realista dizer que o direito são as normas efetivamente cumpridas? Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos? Não: quando os realistas falam de eficácia do direito não se referem ao comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direito as normas aplicadas por estes últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se se devesse acolher uma semelhante definição do direito, este não existiria porque não há normas jurídicas que todos os cidadãos respeitem; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas — e conseqüentemente constatar quais são as normas jurídicas. (Bobbio, 1995, p.142-143)

Nessa ótica, ambas podem ser qualificadas como definições positivistas (em sentido lato), em contraposição as definições ideológicas ou valorativas, que (sempre em sentido lato) podem ser definidas como jusnaturalista.

Quando se procura identificar uma característica fundamental das definições positivistas, observa-se que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é direito, independentemente do seu conteúdo ou da matéria que regula, pois nesse sentido o direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis e isto precisamente porque o direito é uma técnica social que serve para influir na conduta humana. Desse entendimento nasceu a expressão formalismo jurídico.

É importante destacar que quando Kelsen trouxe para o direito a dicotomia kantiana, mundo do ser e mundo do dever ser, trouxe também o relativismo, pois quando admite o conhecimento jurídico sendo possível somente a partir dos elementos formais do direito, ou seja aqueles que permitem a sua reprodução partindo de si mesmo, já admitem o fechamento cognitivo no próprio sistema, o que apenas possibilita um conhecimento parcial.

Dessa forma, ainda que numa perspectiva formal, quando se aceitou a ideia de uma técnica social, surgiu a necessidade de ampliar-se os limites do positivismo jurídico, mantendo-se o nexos do direito com a sociedade. Essa concepção tornou-se base para as teorias dos sistemas jurídicos:

Isso significa que o jurista da era moderna, ao construir os sistemas normativos, passa a servir aos seguintes propósitos, que são também seus princípios: a teoria instaura-se para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida

mais agradável possível. Por meio de leis, fundamentam-se e regulam-se ordens jurídicas que devem ser sancionadas, o que dá ao direito um sentido instrumental, que deve ser captado como tal. As leis têm um caráter formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos no sentido de disponibilidade. Nesses termos, a teoria jurídica estabelece uma oposição entre os sistemas formais do direito e a própria ordem vital, possibilitando um espaço juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada. Sobretudo, esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos. Existe aqui, manifestamente, uma preocupação em secularizar a teoria jurídica, evidenciando uma ruptura com a prudência romana e com a grega, as quais haviam persistido na esteira do Cristianismo. A experiência romana vai sendo esquecida à medida que a autoridade ligada à fundação vai desaparecendo. (...)

Estava configurado, pois, um dos caminhos para uma ciência no estilo moderno, isto é, como um procedimento empírico-analítico. Não, é verdade, com o mesmo rigor de Descartes ou o sucesso de Galileu, mas num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos de direito natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência. Com isso, fica aberta a trilha para que as situações sociais ali prescritas, com todas as suas condicionantes racionais, possam ser imaginadas como possíveis de existir sob certas condições empíricas. Desse modo, a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas. Modifica-se, assim, seu estatuto teórico. Não é mais nem contemplação, nem manifestação de autoridade, nem exegese à moda medieval, mas capacidade de reprodução artificial (laboratorial) de processos naturais. Ela adquire, assim, um novo critério, que é o critério de todas as técnicas: sua funcionalidade. (Ferraz Jr., 2007, p.69-70)

A figura que resta para compor esta relação, naturalmente é a do cientista, pois este é o sujeito da investigação, somente pela sua atuação por meio de um método é que se torna possível a nossa ligação com o objeto, viabilizando a verificação, construção, aplicação e transmissão desse conhecimento.

Com relação às ciências naturais, o saber é constituído com a meta de explicar os fatos e, na medida do possível, identificar as suas ligações, construindo um universo próprio de verificações descritas e explicadas. Nas ciências humanas, a missão continua sendo a mesma, explicar fatos e respectivas ligações:

Dentro do espírito do presente trabalho, podemos apontar uma básica, e quase sempre aceita: a distinção entre dois tipos de ciências, as naturais e as humanas.

Dentre as diferenças possíveis entre esses dois tipos, podemos apontar o seguinte: nas ciências naturais o conhecimento é construído com o objetivo de explicar os fatos e tentar descobrir as ligações entre eles, organizando um mundo próprio de constatações descritas e explicadas.

Nas ciências humanas busca-se igualmente explicação para os fatos e suas ligações. Contudo, nelas aparece o homem com suas ações como objeto de

investigação. As ações dos homens e suas intrincadas relações interpessoais, que trazem resultados imprevisíveis, obrigam à introdução do ato de compreender junto ao de explicar. É necessário, nas ciências humanas, captar o sentido dos fenômenos humanos; é preciso compreendê-lo, portanto, numa acepção valorativa. (Nunes, 1996, p.13-14)

Entretanto surge neste espaço o homem e suas ações como objeto a ser conhecido. As ações humanas e as intrínsecas relações interpessoais que as determinam, por vezes apresentam efeitos imprevisíveis, determinando a necessidade do ato de compreender junto ao de explicar.

Nesse sentido, para as ciências humanas é necessário perceber o significado dos fenômenos humanos, ou seja compreendê-lo numa concepção axiológica. Porém, é de igual importância identificar a reflexão do homem, autor da ação, em relação ao seu ato e quanto às relações intersubjetivas dali supervenientes.

Tal proposta cognitiva, ao considerar a dimensão valorativa, ampliou a complexidade dos objetos analisados, dificultando a sua captação e impondo um desafio ao seu cientista. Diante dessa complexidade, surgiram dúvidas sobre o grau de cientificidade desse conhecimento, pois não se traduz em certeza as suas relações de causalidade. As causas conhecidas nem sempre ocasionam o resultado esperado, diante disso, justifica-se ainda mais a necessidade da devida compreensão dos seus fenômenos:

Além disso, não basta ao cientista tentar compreender o sentido da ação ou do comportamento humano; é preciso, também, investigar o que o homem que gerou a ação, ele próprio, pensa ou sente em relação a seu ato, bem como das inter-relações pessoais dali provenientes.

Isso acaba aumentando a complexidade dos objetos postos em análise nas ciências humanas, de forma que alguma coisa se perca ou seja difícil de ser captada. A introdução do valor na ciência causa, sem dúvida, um transtorno enorme ao cientista.

Chega-se, por isso, a pôr em dúvida o grau de cientificidade dessa ciência, pois não se pode ter certeza precisa das relações de causalidade. Nem sempre as mesmas causas já conhecidas geram o efeito esperado. Daí o limite e a importância da compreensão dos fenômenos para as ciências humanas. (Nunes, 1996, p.14)

Alem disso, ao se mencionar a tradicional questão sobre a neutralidade do cientista em relação ao objeto, ainda que fosse admitido nas ciências naturais, não seria possível tal assertiva com relação às ciências humanas, considerando que seu cientista em ato contínuo é pesquisador e pesquisado, interagindo com o fenômeno

sob análise e dessa forma influenciando na construção do comportamento humano que se quer conhecer. Desse aparente caos metodológico, é que surgem os principais ramos desse conhecimento: a filosofia, a sociologia e o direito:

Discute-se se é possível ao cientista agir com "neutralidade" em relação ao objeto de investigação, isto é, se ele, ao ir avaliar o objeto, deixa seus próprios valores e sentimentos pessoais de lado.

Há os que dizem que sim, apostando na capacidade do cientista de observar fatos sem se envolver e a partir deles elaborar seu trabalho científico, sem interferência pessoal.

Há os que afirmam ser impossível ao cientista investigar os fatos sem uma tomada de posição pessoal, uma vez que a própria escolha do objeto é, por si só, realizada com base em informações preconcebidas no interior do cientista.

Sem querer aprofundar aqui esse debate, pode-se dizer ser verdade que, em alguns ramos, parece possível a ele operar com neutralidade, como acontece, por exemplo, com o cálculo matemático do cientista que não pode, aparentemente, sofrer influência de seus valores e sentimentos.

Acontece que a ciência — ainda que matemática — é voltada para o útil, para uma eficácia social plena, para um uso real, enfim. E aí qualquer esforço por neutralidade se esvai.

Nas ciências humanas, então, não há a mínima possibilidade de neutralidade, visto que o cientista é ao mesmo tempo pesquisador e pesquisado. Participa do mesmo fenômeno social investigado, sendo certo que até mesmo suas buscas influem no próprio processo de formação do comportamento humano que se investiga, o que, sem dúvida, traz mais angústia para o seio das já angustiadas ciências humanas, que lidam com objetos tão difíceis de ser captados.

As ciências refletem, assim, condutas engajadas dos cientistas no momento histórico das sociedades em que vivem e pesquisam. (Nunes, 1996, p.14-15)

Esse método de investigação complexo, aproxima-se do ângulo da zetética jurídica aplicada. Segundo Ferraz Junior, quando analisa-se uma constituição enquanto fenômeno constitucional e o seu objeto define-se por revelar a atuação do ponto de vista social, histórico, político e econômico, o produto da pesquisa pode contribuir no aprimoramento da função de solucionar conflitos.

Porém, quando essa pesquisa tiver por objeto uma observação no âmbito formal, registra-se o fundamento lógico das regras e a sua norma fundamental, traduzindo-se numa zetética jurídica pura:

Da perspectiva por nós proposta, o ponto comum que distingue e agrupa essas investigações é seu caráter zetético. Como a investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas), é preciso, a propósito disso, proceder a sua explicitação.

(...)

Como, porém, em toda investigação zetética, alguns pressupostos admitidos como verdadeiros passam a orientar os quadros da pesquisa, é possível distinguir limites zetéticos. Assim, uma investigação pode ser realizada no nível empírico, isto é, nos limites da experiência, ou de modo que ultrapasse esses limites, no nível formal da lógica, ou da teoria do conhecimento ou metafísica, por exemplo. Além disso, a investigação pode ter um sentido puramente especulativo, ou pode produzir resultados que venham a ser tomados como base para uma eventual aplicação técnica à realidade.

Tendo em vista esses limites, podemos assim falar em zetética empírica e zetética analítica. Tendo em vista a aplicação técnica dos resultados da investigação, falamos em zetética pura e aplicada. No exemplo anterior, a investigação da constituição com vista na realidade social, política, econômica, dá-se no plano da experiência, sendo, pois, uma investigação zetética empírica. Se partirmos, porém, para uma investigação de seus pressupostos lógicos, endereçando-nos para uma pesquisa no plano da lógica das prescrições, indagando do caráter de norma primeira e fundamental de uma Constituição, então estaremos realizando uma investigação zetética analítica. Por outro lado, se a investigação do fenômeno constitucional se dá com o fim de conhecer o objeto para mostrar como Constituições, social, histórica, política, economicamente atuam, então estamos tratando de zetética aplicada, pois os resultados da investigação podem ser aplicados no aperfeiçoamento de técnicas de solução de conflitos. Se, porém, a investigação tem uma motivação desligada de qualquer aplicação, então um estudo da constituição, por exemplo, como forma prescritiva fundamental, base lógica de um sistema de normas, terá o sentido de uma zetética pura. (Ferraz Junior, 2007, p.44-45)

Conforme demonstrado, desde os primeiros esforços direcionados a sistematização do direito até as teorias mais recentes sobre a sua perspectiva no campo científico, seu objeto foi aproximando-se das relações intersubjetivas, ao ponto de que na atualidade, torna-se inevitável aceitar que o fenômeno jurídico está condicionado a desenvolver-se na sociedade, que por consequência encontra, no direito, a garantia das gerações futuras.

1.1 - DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS: UMA QUESTÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

Refletindo sobre a origem da expressão sistema Losano, identificou que para os gregos dois significados eram atribuídos. Um mais amplo registrava que qualquer agrupamento de elementos já constituía um sistema e outro sentido mais preciso abordava a ideia de ordem na perspectiva social e cultural. Ressalta ainda que o termo sistema foi recepcionado pelo latim, língua mais focada na concretude das coisas, daí sua aproximação com a palavra estrutura:

Pontos de intersecção e desenvolvimentos do discurso. No grego clássico, o termo "sistema" tem dois significados técnicos (na métrica e na música) e dois significados técnicos. O significado mais genérico indica qualquer forma de agregação: é um "sistema" também a corporação dos apicultores. O outro significado, técnico, mas menos impreciso, é referido à ordem do mundo social e natural: o cosmos distingue-se do caos porque é um conjunto. Um problema de fundo, debatido, mas não resolvido, é se o cosmos deva ser visto como ordenado por leis em analogia com a sociedade, ou se a ordem da sociedade se modela sobre a do cosmos: nos dois casos, o pensamento grego recorre à noção de sistema. (Losano, 2008, p.03)

Para o direito, tornou-se um legado inestimável o esforço romano em ordenar o conhecimento jurídico, com suas famosas compilações, ou seja, a chegada do sistema para o latim. Findado o império romano continuou na idade média o desenvolvimento do pensamento sistêmico, com influência religiosa e pouca base científica, que perdurou até o renascimento:

(...) No direito (sem dúvida, o legado de maior relevância da civilização romana), o termo "sistema" entrou mais tarde sob a influência bizantina, mas a exigência de ordenar o material jurídico esteve presente já a partir da época clássica, ou seja, aproximadamente desde o século II a.C. A compilação ordenada por Justiniano em 528 d.C. foi uma ciclópica empresa sistemática, mesmo que seu produto fosse chamado de Digestum ou Corpus iuris. Hoje, fala-se de sistemática do direito romano, entendendo a ordem com que os juristas latinos expunham a matéria jurídica: a sistemática pode ser de tipo lógico (modelo gaiano), pode inspirar-se nas fontes (reproduzindo a estrutura do Edito perpétuo), ou pode tornar própria a ordem do corpus justiniano. Em todo caso, a organização do material jurídico respondia, principalmente, às exigências práticas ou didáticas. Somente em épocas muito recentes tentou-se identificar uma técnica sistemática romana à luz da evolução posterior da noção de sistema e recorrendo também às teorias mais modernas. Com a dissolução do mundo romano no mundo medieval, continuaram e se enriqueceram vários saberes hoje esquecidos (também mágicos e pseudocientíficos) de algum modo conexos com o pensamento sistemático:

mathesis universalis, mnemotécnica, clavis universalis, línguas artificiais perfeitas, arbor scientiarum são alguns dos "fósseis intelectuais" que marcam uma transição e uma continuidade destinada a durar até o Renascimento tardio. (Losano, 2008, p.03-04)

Para o jurista restou a concepção de que a matéria se concretiza num todo sistêmico, onde representa um cosmos de orientações em contraposição ao caos fenomenológico. Entretanto, Losano demonstra que em razão de imprecisões semânticas, os juristas enfrentam dificuldades para indicar os critérios ordenadores da realidade observada:

Falta, portanto, uma exposição ordenada das informações que deveriam constituir o pano de fundo de um estudo estrutural do direito. Por esse motivo, é oportuno antepor a tal estudo uma sumária história semântica do termo "sistema" e de alguns de seus sinônimos. Essa história semântica, modesta na estrutura e ainda mais nos resultados, constitui o primeiro passo para uma mais ampla história do pensamento sistemático, cuja inoportunidade, em um estudo jurídico, seria igual apenas à dificuldade de realizá-la. Apesar de seus limites, essa premissa histórica deveria contribuir para uma melhor compreensão das sucessivas considerações analíticas.

Essa história semântica tem uma configuração peculiar: em relação a uma exposição jurídica, apresenta-se como uma pesquisa interdisciplinar, envolvendo argumentos que geralmente não são estudados apenas pelos juristas; em relação a uma exposição histórica, ela se põe como pesquisa limitada aos únicos problemas semânticos conexos com o termo "sistema" e com alguns de seus sinônimos. E, portanto, uma exposição filosófica, caracterizada por um recorte particular: o de fornecer elementos úteis, mesmo indiretamente, para a melhor compreensão do debate sobre a natureza sistemática do direito. Para traçar um mapa mais exato dessa história semântica, é preciso explicar agora os motivos tanto da extensão interdisciplinar quanto da limitação histórica que aí se encontram. (Losano, 2008, p.06-07)

De certa maneira, essa imprecisão, que não torna claro os critérios, é um problema filosófico relacionando realidade e sociedade, natureza e cultura. Tal problemática, acabou sendo concentrada num esforço grego, romano, medieval, moderno e atual para interpretar a sociedade como um sistema:

Esse uso excessivamente genérico do termo latino (em certa medida análogo à aceção menos rigorosa do termo grego em sentido técnico) tornou, porém, impossível expressar com ele uma conexão particularmente estrita. Por isso, tendo de indicar uma relação não-genérica entre vários elementos, numerosos textos recorrem a uma hendiádis, na qual o termo compages é associado ao termo structura. O termo structura — e mais ainda os verbos struere e construere — começam, assim, a ser usados em um sentido muito

importante para os filósofos e, portanto, também para os juristas modernos. De fato, o pensamento sistemático forja a própria terminologia, referindo-se constantemente a metáforas arquitetônicas, às quais precisamente esse uso latino tinha conferido dignidade filosófica: basta lembrar que Lambert e Kant designam com "Architectonic" as suas teorias do sistema (cf. infra, cap. V, 2, b). Assim, o latinizante alemão dos pandectistas do século XIX recorrerá ao termo Konstruktion para indicar a organização dos elementos de que consta um ordenamento jurídico. Como termo técnico da linguagem jurídica, Konstruktion retornará, em seguida, do alemão às línguas românicas, para designar a peculiar atividade do jurista que organiza em totalidade coerente o material, objeto do seu estudo (cf. infra, caps. XII e XIII). (Losano, 2008, p.17-18)

Entende-se dessa forma que Losano ao construir seu registro histórico sobre a origem do termo sistema, defendeu a ideia de que a dificuldade semântica de cada época está ligada ao fato de que o pensamento sistêmico cria expressões próprias, já que não pode libertar-se das comparações vindas da sua arquitetura estrutural.

Sobre o tema, destaca Canaris que fracassaram tanto a jurisprudência do interesse quanto a jurisprudência dos conceitos, em razão de seu forte viés estrutural impedindo o direito de se aproximar da realidade concreta, havendo um predomínio do discurso:

O irrealismo metodológico, enquanto fenômeno histórico-cultural devidamente situado, emerge duma complexidade causal de análise difícil. Como foi dito, ele tem, na base, a incapacidade demonstrada pelos esquemas formalistas tradicionais e pelo juspositivismo em acompanhar as novas necessidades enfrentadas pelo Direito. Mas tal factor, já de si importante, viu o seu influxo multiplicado pela especialização dos juristas. No período do Direito comum, os diversos ramos jurídico-normativos eram cultivados pela generalidade dos juristas. A evolução subsequente implicou um desenvolvimento sem precedentes, em termos quantitativos, do material requerido para a solução de casos concretos. A multiplicação das fontes, da doutrina e da jurisprudência e a própria complexização das situações vocacionadas para a intervenção do Direito, atingiram, ao longo deste século, uma proporção que inviabiliza qualquer controlo alargado, realizado por uma única pessoa. (Canaris, 2002, p.XXVII)

Para Arnaud e Dulce, os termos sociologia do direito ou sociologia jurídica expressam o mesmo sentido para indicar um caminho científico tendo como objetivo a investigação das relações entre o direito e a sociedade com ênfase na realidade ou fatos jurídicos:

"Sociologia do direito" ou "sociologia jurídica" são expressões correntes, para designar um método científico, cujo objeto é o estudo das relações entre o

direito e a realidade social, o que igualmente se designa como o estudo da "realidade do direito", ou, num sentido mais estrito, a "pesquisa acerca dos fatos jurídicos". Trata-se aqui, por um lado, das condições de fato de existência e de desenvolvimento dos sistemas jurídicos sobre o sistema social. (Arnaud e Dulce, 2000, p.09-10)

Uma parte desses estudos, está direcionada a investigação que busca determinar qual é o papel do direito indicando seu local e sua função em relação ao sistema social, e outra parte está focada na resposta social perante a atuação jurídica.

Nessa linha, aceitando-se que o sistema social é o local onde interagem os indivíduos, submetidos as orientações normativas, a sociologia busca numa perspectiva de sistema global identificar variados subsistemas de acordo com as funções que desempenham e quais os objetivos que pretendem atingir. O subsistema jurídico, caracteriza-se pela função de integração ou controle social, permitindo subdivisões em orientação e resolução de conflitos. Dessa forma, por natureza configura-se num sistema polissêmico, que por meio de símbolos e variadas mensagens impulsiona as condutas sociais:

O sistema jurídico possui diferentes significados, de acordo com que, como objeto de conhecimento, se o considera numa perspectiva jurídico-dogmática ou numa perspectiva sociojurídica. Do ponto de vista da dogmática jurídica, o sistema jurídico surge como um conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas características fundamentais são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência. Do ponto de vista propriamente sociojurídico, no entanto, o sistema jurídico é polissêmico. Por um lado, é concebido como lugar de interação, isto é, como um sistema de comunicação, formado por símbolos normativos com função Persuasiva; por outro lado, esse sistema de símbolos normativos age como elemento causal dos comportamentos sociais. A sociologia do direito, conseqüentemente, também toma o sistema jurídico como objeto de conhecimento — sem limitar-se aos comportamentos sociais que têm uma relação com o direito — e isto com base nas duas perspectivas acima assinaladas, ao mesmo tempo em que se consideram interpretações jurídico-dogmáticas que dão os juristas das normas jurídicas, porquanto estas também são elementos determinantes da conduta social dos indivíduos. (Arnaud e Dulce, 2000, p.11-12)

A partir do século XX a sociologia jurídica posicionou-se com o mesmo grau de importância em relação a teoria do direito, a dogmática jurídica e a filosofia do direito, buscando num olhar externo interpretar o resultado das condutas condicionadas em face a um sistema jurídico baseado na coação. E, por outro lado, verificar se existe correlação entre as funções formalmente estabelecidas e suas conseqüências práticas:

No que diz respeito à sociologia do direito, ela examinava a realidade social subjacente às normas jurídicas, isto é, a gênese destas, sua evolução e seus efeitos práticos. Ela interessa-se, também, pela análise dos comportamentos sociais condicionados ou mediatizados pela existência de um sistema jurídico formalmente válido, que impõe, à força, comportamentos específicos. Ademais, a sociologia do direito ocupa-se do estudo das funções sociais atribuídas aos elementos jurídico-formais de cada sistema (tanto normas quanto instituições jurídicas). Para tanto, ela verifica se há adequação entre a atribuição formal de funções e os objetivos pesquisados, assim como as consequências práticas, em virtude de certas normas e instituições estarem formalmente em vigor. Em outras palavras, ela examina tanto a análise das funções " evidentes" quanto as "latentes" do sistema jurídico e de suas instituições.

Por outro lado, a dogmática jurídica é uma ciência com fins práticos e, às vezes, visa a prescrever e a avaliar. Ela objetiva a aplicação das normas e, portanto, a tomada de decisão jurídica. (...) (Arnaud e Dulce, 2000, p.16)

Diante dessas afirmações, pode-se inferir que a análise do sistema jurídico, permite a possibilidade de uma verificação de sintonia entre funções formais e as suas realizações materiais, como um reposicionamento da atividade funcional.

A investigação desse problema encontrou no final do século XX um problema desafiador, como aproximar a realidade social da perspectiva presente na estrutura formal do direito.

Nesse sentido, no próximo subtópico, serão analisados os fundamentos dos sistemas jurídicos formais e seu aspecto funcional.

1.2 OS SISTEMAS FORMAIS DE KELSEN, ROSS E A ABERTURA COGNITIVA DE LUHMANN

Destaca-se como problemas importantes que causavam descontentamento aos autores citados, a inexistência de uma teoria cognitiva autônoma do direito, sendo que para Kelsen é imprescindível que tal teoria se baseie em uma norma fundamental, enquanto que para Ross o fundamento está na expressão linguística do fenômeno jurídico em ação e para Luhmann a inexistência de uma teoria sócio-jurídica capaz de orientar a função do direito na complexa sociedade atual. O ponto de partida para estes autores foi através do desenvolvimento de uma teoria do conhecimento capaz de sustentar uma visão de mundo através de sistemas de conhecimentos:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais.

(...)

Quando a si própria se designa 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. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (Kelsen, 1996, p.01)

Questionar-se pode apenas se é ou não possível interpretar também este seu sentido como objetivo, se o dever-ser, que é o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica, pode ou não ser considerado como norma objetivamente válida que obriga os indivíduos e lhes confere direitos. E esta a questão de como distinguir os atos de produção jurídica de outros atos de comando — por exemplo, do comando de um salteador de estradas. Já acima se indicou a condição sob a qual é possível a interpretação em questão: a pressuposição da norma fundamental. (Kelsen, 1996, p.115-116)

Por que é a posição tão diferente com respeito ao direito? Por que é o problema da natureza do direito um problema que se encontra fora do âmbito da ciência jurídica, estritamente falando? O que há para ser dito sobre a "natureza" dos fenômenos jurídicos além do que emerge do estudo doutrinário do direito (ciência do direito), que tem esses próprios fenômenos como seu objeto? Para responder estas perguntas será conveniente realizar uma breve digressão linguística. (Ross, 2000, p.29)

Atingimos agora o ponto que encerra a explicação do porquê constitui um problema a "natureza do direito" e o que é o significado desse problema. Percebemos que toda proposição que se apresenta no estudo doutrinário do direito (ciência do direito) contém como uma parte integrante o conceito "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, etc.). Por essa razão não é possível declarar de maneira precisa e completa o significado representativo de quaisquer dessas proposições enquanto não se torne patente o significado do conceito "direito vigente". Muito do aparente desacordo entre os autores

de direito pode ser atribuído ao fato de que suas obras estão tacitamente baseadas em distintas conjeturas em relação ao significado desse conceito. (Ross, 2000, p.34)

Desde hace tres décadas han surgido iniciativas que tratan de ir más allá y que no se dejan limitar ni por las teorías dogmáticas ni por la "filosofía del derecho". Estas iniciativas comunican sus pretensiones bajo la razón social de "teoría del derecho" (en singular)] Bajo esa razón social intentan agrupar tentativas lógicas y hermenéuticas, institucionales (postpositivistas), sistémicas, retóricas, teórico-argumentativas (o en todo caso: aportaciones con rasgos parecidos). Sin embargo, hasta ahora, su perfil no es claro. Entretanto la diferencia entre teorías dogmáticas y teoría del derecho, en sentido general, se da por aceptada. ⁸ Aunque con ello no se ha abandonado la inclinación a asociar la teoría del derecho con perspectivas internas del sistema jurídico. Pero, por sobre todo, el concepto de norma en calidad de concepto fundamental es considerado, en la teoría general del derecho, como irrenunciable. (Luhmann, 2000, p.03)

Para Kelsen a teoria do conhecimento jurídico de mundo apresenta duas perspectivas de cognição, uma chamada de teoria estática e outra de teoria dinâmica, sendo que a primeira tem por objeto o sistema de normas em vigor e a segunda o processo jurídico em que o direito é aplicado ou produzido:

Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo é, por sua vez, regulado pelo Direito. E, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito. (Kelsen, 1996, p.79-80)

Em Ross, a dualidade de possibilidades cognitivas, inicialmente, se desenvolve pelo estudo doutrinário das proposições acerca das regras do direito que revela o

direito vigente e posteriormente pela interação psicofísica com esse conhecimento capaz de confirmar e aceitar tal conceito:

Trata-se de problema peculiar ao estudo do direito. Não tem paralelo, por exemplo, na psicologia ou nas ciências naturais. Explica porque a "natureza do direito" constitui o principal problema da filosofia do direito. Despido de sua formulação metafísica, o problema da "natureza do direito" é o problema de como interpretar o conceito de "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, da common law) como uma parte constitutiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário do direito (ciência do direito). Qual significado representativo deve ser atribuído a esse conceito? Este problema se encontra além da esfera do advogado profissional, pelo que é destinado à filosofia do direito. (Ross, 2000, p.34)

Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivovolitivas que me impeliram a me expressar, um impulso para comunicar ideias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão. (Ross, 2000, p.29)

Em Luhmann também vislumbra-se uma dualidade de possibilidades cognitivas, que por meio da elucidação da linguagem jurídica, uma se desenvolve pelo estudo das teorias que buscam diferenciar normas e fatos no âmbito interno do sistema jurídico e a outra pelo conhecimento das práticas de decisão no direito que remetem necessariamente ao conhecimento do entorno (sociedade):

Nuestra versión establece que la diferencia entre normas y hechos es una diferenciación interna al sistema de derecho. Por medio de la elaboración de esta distinción la teoría del derecho se integra al sistema jurídico. Para el sistema de la ciencia esta diferencia -normas/hechos- no es de importancia: ¡como diferencia! Dicho de otra forma: Si se habla de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en el sistema jurídico, por razones comprensibles, se utiliza esta distinción. El sistema de la ciencia tiene que ver únicamente con hechos. Por eso diferencia hechos de conceptos -así como diferencia autorreferencia de heterorreferencia. Por todo esto, se convierte en una trivialidad advertir, en el texto venidero, sobre el carácter no normativo de los conceptos y las afirmaciones (...)

El análisis, pues, mantendrá como sistema de referencia el "sistema del derecho", sin embargo, debemos aclarar que la relación que guarda este subsistema con el sistema de la sociedad es ambigua. Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad. El sistema jurídico ratifica la sociedad en cuenta se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad. Como resultado de este corte, se puede preguntar cómo se ejercen las influencias de ese entorno social específico sobre el derecho, sin que esto conduzca a que derecho y sociedad ya no se diferencien. (Luhmann, 2000, p.20-21)

Além do aspecto dualista, que acredita-se ter sido adotado pelos autores como forma de apontar limites ao objeto a ser conhecido, existe também outra aproximação de ideias, pois para garantir a clausura do sistema, todos fundem teoria e prática.

Kelsen aproxima-se da fusão através da superação do paradigma que defende a divisão, direito subjetivo e direito objetivo, demonstrando que o direito subjetivo pode ser agregado à norma em função de competências recíprocas que são atribuídas pelo poder jurídico, tanto aos órgãos jurídicos da comunidade, quanto ao indivíduo pertencente à comunidade que no exercício dessa competência assume também a posição de órgão, ocorrendo o mesmo com o órgão em si:

Em resumo, pode dizer-se: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento; ou um direito político, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro da assembleia popular legislativa, na produção das normas jurídicas gerais a que chamamos leis, já indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na produção das normas jurídicas que o órgão eleito tem competência para produzir; ou é, como direito ou liberdade fundamental garantida constitucionalmente, o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada, quer por uma forma geral, isto é, para todos os casos, quer apenas individualmente, isto é, somente para o caso concreto. Finalmente, também pode designar-se como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade. (Kelsen, 1996, p.162)

Bobbio, também observou essa passagem no trabalho de Kelsen e destacou sua importância para a teoria geral do direito:

(...) A ligação é estreitíssima tanto se por "direito" se entende o direito em sentido objetivo, isto é, um conjunto de normas vinculantes que se fazem valer recorrendo-se em última instância a coação, quanto se por direito se entende o direito em sentido subjetivo, pelo menos em uma das suas inúmeras acepções. A unificação dos dois conceitos, ou melhor, dos dois usos de poder na linguagem jurídica, aconteceu por obra de Kelsen que, incluindo o direito subjetivo em sentido técnico e específico na teoria das fontes do direito, apagou qualquer diferença entre o poder do qual sempre se falou no direito público e o poder do qual se fala no direito privado (conforme, de resto, a eliminação que a doutrina pura do direito realizou da tradicional distinção entre direito público e direito privado). (Bobbio, 2000, 238-239)

Por sua vez, Ross defende a fusão com base na assertiva de que as teorias doutrinárias de direito podem de fato revelar “a natureza do direito”, apesar de que sua síntese “direito vigente” somente será confirmada pelo binômio interpretação/ação:

Se observarmos o direito como funciona na sociedade, descobriremos que um grande número de ações humanas são interpretadas como um todo coerente de significação e motivação por meio de normas jurídicas que configuram um esquema interpretativo. (...) A consideração biológico-física dessas ações não pode revelar qualquer conexão causal entre elas. Tais conexões ocorrem unicamente na esfera de cada indivíduo. Mas nós as interpretamos mediante o auxílio do esquema referencial do "direito vigente" como fenômenos jurídicos constituintes de um todo coerente de significado e motivação. Somente quando assim é feito cada uma dessas ações adquire seu caráter jurídico. A compra da casa por parte de A acontece por meio da expressão falada ou da escrita, porém estas apenas se tornam uma compra quando consideradas na sua relação com normas jurídicas. As várias ações se motivam reciprocamente tal como os movimentos do xadrez. O juiz, por exemplo é motivado pelos papéis que A e B desempenham no negócio (e pelas circunstâncias adicionais a ele associadas, por exemplo, o estado da casa), bem como pelos precedentes vigentes na área do direito contratual. Todo o processo tem o caráter de um "jogo" regido por normas muito mais complicadas do que as do xadrez.

Com base no que foi dito, formulo a seguinte hipótese: o conceito "vigente" (de Illinois, da Califórnia, da common law pode ser em princípio explicado e definido da mesma maneira que o conceito norma vigente do xadrez" (para dois jogadores quaisquer). Quer dizer, "direito vigente" significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias. (Ross, 2000, p.40-41)

No campo da teoria do conhecimento jurídico ao considerar o aspecto da linguagem, Ross trouxe para os estudos atuais a relação da comunicação e o direito.

Luhmann defende a fusão com base na assertiva de que as teorias de direito que podem de fato, interceder e contribuir para o aprimoramento do direito, seriam aquelas que emergem da observação da prática operacional do direito.

O referido autor, embora reconhecendo que para a ampliação das perspectivas internas, alcançar consistência conceitual, comprovação de princípios e regras de decisão são importantes às investigações em torno da teoria geral do direito, enquanto sempre recorra a si mesmo, ou seja, o conceito de norma com status de conceito fundamental:

(...) Nosotros hacemos expresamente la distinción entre aislamiento causal (isolation) y clausura operativa. La teoría de la clausura operativa del sistema hace abstracción, en la definición de su objeto, de las relaciones causales entre sistema y entorno.

Para esto es necesario, primero, aclarar qué es lo que debe observarse (aunque se pretenda investigar las interdependencias entre sistema y entorno). Como sistema operativamente clausurado deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo, para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno. La innovación que introduce el concepto de autopoiesis es que transporta la representación de la constitución autorreferencial y la lleva al nivel de las operaciones más elementales del sistema (que para el sistema ya no admiten más disolución) y, con ello, para todo lo que en el sistema opera como unidad. No se trata, por consiguiente, de una pura autoorganización en el sentido de determinaciones y cambios de las propias estructuras, y tampoco simplemente de autonomía en el sentido del antiguo concepto de autorregulación. El concepto de autopoiesis aporta nueva luz a un antiguo problema, a saber, la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de norma y acción o a la de regla y decisión. (Luhmann, 2000, p.28-29)

Nesse sentido outras aproximações são verificadas entre as ideias de Luhmann e Kelsen, não só no âmbito da autorreferência, mas sobretudo no desenvolvimento desse conceito que leva o primeiro a autopoiesis e o segundo a reprodução da norma a partir de outra norma, ou seja, da mesma forma que o sistema delimita seus limites através da reflexividade ele assim opera para garantir a sua alimentação e consequente independência de sua função (retroalimentação).

Apesar de Kelsen deixar claro que o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas, ele ressalva que a conduta humana também pode ser, quando for conteúdo das normas jurídicas ou relações jurídicas. A ciência jurídica procura aprender o seu objeto juridicamente, como norma, conteúdo ou determinado pela norma jurídica:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto "juridicamente", isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão

apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica. (Kelsen, 1996, p.79)

Nesse ponto pode-se identificar, que o autor produziu uma teoria do conhecimento jurídico. Nessa ótica, o conhecimento jurídico pode ser direcionado em dois sentidos: as normas reguladoras da conduta ou a conduta regulada pelas normas.

Na primeira linha tem-se uma teoria estática, que tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor. Noutra sentido a teoria é dinâmica e tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é aplicado ou produzido. Esse movimento é regulado pelo próprio direito, o que é uma característica significativa, pois este autocontrole pode refutar interferências alheias ao sistema.

Quando a ciência jurídica aprende a conduta humana ela produz uma interpretação normativa da conduta humana. O resultado dessa interpretação é uma descrição das normas jurídicas através de atos de conduta, as quais deverão ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e conseqüentemente descreve as relações jurídicas constituídas, entre os fatos por elas determinados.

Quando a ciência do direito faz esta descrição está formulando proposições jurídicas, que tem como meta o conhecimento dos fatos de maneira jurídica, o que a torna diferente da norma jurídica.

Para Kelsen a norma jurídica não é um juízo sobre um objeto dado pelo conhecimento, mas sim um comando ou distribuição de funções administrativas. O autor destaca que o importante nessa diferenciação não é a forma verbal, mas sim o sentido do ato produtor do direito:

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica — nacional ou

internacional — dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são — como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma — instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência — não "ensina" nada. Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos. A norma segundo a qual o furto deve ser punido é frequentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados, assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais. Do que se trata, porém, não é da forma verbal, mas do sentido do ato produtor de Direito, do ato que põe a norma. E o sentido deste ato é diferente do sentido da proposição jurídica que descreve o Direito. Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer — de fora, por assim dizer — o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm — como autoridade jurídica — antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. E certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer — de dentro, por assim dizer — primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente — não só no caso do legislador como também no do juiz — produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral — por parte do legislador — ou a fixação de uma norma jurídica individual — por parte do juiz. (Kelsen, 1996, p.80-81)

Enquanto a proposição jurídica descreve o direito, a norma jurídica determina o direito, possibilitando a atuação da autoridade jurídica na produção e aplicação do direito.

Nesse sentido, a ciência do direito tem por missão conhecer “de fora” o direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento, enquanto que os órgãos jurídicos têm por missão produzir o direito, para que ele possa ser conhecido.

O autor lembra que existem outras ciências que buscam o conhecimento informado pela lei da causalidade e ressalta que esta é a única via para se diferenciar a ciência natural da ciência social. Dessa forma, ensina que a ciência social embora reconheça que a conduta humana também é elemento da natureza, portanto

suscetível à causalidade, tal ciência é norteadada por um segundo princípio muito importante. Um princípio ordenador da conduta humana, que está nos nossos pensamentos e também nas normas. Esse princípio organizador, Kelsen passa a denominar de imputação:

A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. (...)

Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, eia deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do da causalidade. Como objeto de uma tal ciência que é diferente da ciência natural a sociedade é uma ordem normativa de conduta humana. Mas não há uma razão suficiente para não cona conduta humana também como elemento da natureza, isto é, como determinada pelo princípio da causalidade, ou seja, para a não explicar, como os fatos da natureza, como causa e efeito. Não pode duvidar-se de que uma tal explicação — pelo menos em certo grau — é possível e efetivamente resulta. Na medida em que uma ciência que descreve e explica por esta forma a conduta humana seja, por ter como objeto a conduta dos homens uns em face dos outros, qualificada de ciência social, tal ciência social não pode ser essencialmente distinta das ciências naturais. (Kelsen, 1996, p.85)

Enquanto a lei natural determina o significado do objeto independente da vontade humana, a lei jurídica determina que quando o objeto é conhecido pelo direito a sua consequência deverá ser atribuída e sempre dependerá de um ato de vontade.

Dessa forma, enquanto o nexu causal da lei natural é atribuído a um criador divino a lei jurídica apresenta um nexu pré-determinado por escolha (sanção/ilícito). O grande vetor capaz de legitimar essas escolhas chama-se poder jurídico, que na teoria Kelseniana é identificado como a função principal do ordenamento jurídico, que seria a de atribuir poder ou competência (autorização - ermächtigung):

O poder jurídico descrito nas páginas precedentes como direito subjetivo — direito privado ou direito político — é apenas um caso particular da função da ordem jurídica que aqui designamos por atribuição de um poder ou competência ou autorização (Ermächtigung). Do ponto de vista de uma ciência do Direito que descreva o ordenamento jurídico em proposições jurídicas, a função daquele ordenamento consiste em ligar a certos pressupostos, por ele determinados, um ato de coerção, por ele igualmente fixado, como consequência. Este ato de coerção é a consequência por excelência. Na verdade, entre os seus pressupostos figuram também aqueles que são, eles próprios, condicionados por outros fatos pela mesma ordem jurídica fixados, pelo que tais pressupostos são, nestes termos, consequências relativas. (Kelsen, 1996, p.162-163)

Tal conceito nos remete imediatamente a ideia de capacidade, pois somente o ato humano pode ser autorizado pela ordem jurídica, tal potencialidade pode ser vista em várias perspectivas entre elas a de produzir normas e a de executar normas. No entanto, é importante lembrar que tudo isso pode ser sintetizado como a capacidade de cumprir deveres jurídicos.

Nessa linha de raciocínio pode-se identificar a atividade privada com a atividade do órgão público, como por exemplo, o legislativo, sem contradição, pois o que interessa é que o poder jurídico é caracterizado por essas funções.

O indivíduo passa a ser aceito como um órgão de uma comunidade a medida em que desempenha uma função que pode ser atribuída a uma comunidade, que aqui deve ser entendida como ordem reguladora da conduta de uma pluralidade de indivíduos.

Porém, se considerar que a comunidade de indivíduos representa o que eles têm em comum, ou seja, à aceitação de suas normas, pode-se concluir que existe uma identificação personificada entre comunidade e indivíduo, pois em dado momento um pode atuar como se o outro fosse.

Sendo assim, pode-se inferir que apesar da existência de funções que não podem ser desempenhadas por qualquer indivíduo, isso retrata apenas o princípio da divisão de tarefas, que por vezes requerem indivíduos qualificados segundo o especificado pela ordem normativa que regula essas funções.

Todo esse esforço de retórica representa para Kelsen a tentativa de superação do dualismo de direito no sentido objetivo e no sentido subjetivo, pois para a jurisprudência tradicional o sujeito jurídico, seja pessoa física ou jurídica, representa o direito em sentido subjetivo já que se ampara em deveres e direitos, e por sua vez o direito subjetivo se ampara no direito objetivo como se esse fosse um patamar distinto:

Na concepção da jurisprudência tradicional o sujeito jurídico – como pessoa física ou jurídica -, com os “seus” deveres e direitos, representa o Direito num sentido subjetivo; a titularidade jurídica (Berechtigung) designada como direito subjetivo é apenas um caso especial desta noção compreensiva. E o Direito neste sentido subjetivo mais amplo situa-se em face do Direito objetivo, da ordem jurídica, quer dizer, em face de um sistema de normas, como se formasse um domínio distinto. A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em

sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo. Desta forma, supera-se aquela posição subjetivista em face do Direito a cujo serviço se encontra o conceito de direito em sentido subjetivo: aquela concepção forense ou advocacial que apenas considera o Direito do ponto de vista dos interesses das partes, isto é, aquela concepção que o visualiza tendo apenas em mira saber o que ele significa para o indivíduo, em que medida lhe aproveita, quer dizer, em que medida serve o seu interesse, ou o prejudica, isto é, o ameaça com um mal. E esta a atitude específica da jurisprudência romana que, saída no essencial da prática consultiva dos juristas que exerciam o jus respondendi, foi recebida juntamente com o Direito romano. A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. (Kelsen, 1996, p.212-213)

A contribuição trazida pela Teoria Pura do Direito foi a de afastar este dualismo, pois quando aceita o conceito de pessoa como a personificação de um sistema de normas jurídicas, agrega o dever e o direito subjetivo a norma jurídica ou direito objetivo.

Nesse sentido, torna possível o conhecimento orgânico do direito, pois se preocupa em aprender a função do todo jurídico, afastando veementemente os interesses individualizados representados por concepções ético-políticas, preservando o direito em uma dimensão de ordem, que resolve os seus problemas como problemas de ordem, pois cada fenômeno particular apenas pode ser conhecido com base na sua conexão sistêmica a outros.

Para Kelsen, foi importante a construção da ideia de sistema como ambiente específico para o desenvolvimento do fenômeno jurídico.

Da mesma forma, a teoria de Ross caracteriza-se por ser uma visão sistêmica, que apesar de rejeitar uma fundamentação transcendental, defende a ideia de que somente no ambiente do direito é que pode ser descoberta a sua natureza, quase sempre apresentando resultados surpreendentes como, por exemplo, a exaltação simultânea da doutrina do direito e a sua prática, como movimento interativo de construção do direito vigente através da interpretação do código linguístico do direito, seguida de ações que reconhecem e delimitam o fenômeno jurídico.

Para Ross o caminho mais importante para o estudo do direito é aquele que parte de seus problemas, objetivos e métodos. Nessa linha, o autor nos apresenta três escolas de investigação, a saber:

a) escola analítica, que se preocupa com o problema do conceito ou natureza do direito:

A escola de "filosofia do direito" (expressão que usaremos por ora para designar genericamente os trabalhos que discutimos) que concerne majoritariamente a esse grupo de problemas é conhecida como analítica, visto que procura analisar e definir conceitos tais como os mencionados acima. A escola analítica foi fundada pelo inglês John Austin, que proferiu uma série de conferências no University College, Londres, entre 1828 e 1832 (...) (Ross, 2000, p.24)

b) escola do direito natural, que se preocupa com o problema do propósito ou ideia do direito:

Essa escola de pensamento, que está estreitamente ligada à abordagem religiosa ou metafísico-filosófica, possui uma longa história. A filosofia do direito natural se estende da época dos primeiros filósofos gregos até os nossos dias. Esta filosofia atingiu seu apogeu clássico com os grandes sistemas racionalistas dos séculos VII e XVIII. Após a reação histórica e positivista do século XIX, a filosofia do direito natural voltou a conquistar espaço no século XX. Fala-se num renascimento do direito natural. (Ross, 2000, p.26)

c) escola histórico-sociológica, que se preocupa com o problema da interação do direito e a sociedade:

Esta área de investigação inclui questões relativas à origem histórica e o desenvolvimento do direito; aos fatores sociais que em nossos dias determinam o teor variável do direito; à sua dependência da economia e da consciência jurídica popular e sua influência sobre estas; aos efeitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas; ao poder do legislador em dirigir o desenvolvimento social; à relação entre o direito "vivo" (isto é, o direito tal como se desenvolve realmente na vida da comunidade) e o direito teórico ou dos livros; e às forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais.

Esta escola de filosofia do direito é conhecida como histórico-sociológica. Pode-se subdividi-la em dois ramos, um predominantemente histórico e o outro predominantemente sociológico e psicológico. Semelhantemente à escola analítica, é de data relativamente recente (...) (Ross, 2000, p.26)

Na revisão dessas doutrinas, observou que existe um consenso em torno de uma pergunta: “qual é a natureza do direito”, ou seja, cada uma das escolas tem necessariamente que elaborar as suas respostas a uma mesma pergunta inicial, que serve de base para o desenvolvimento de suas teorias.

Nessa linha, Ross reconheceu que a natureza do direito é o grande problema da filosofia do direito, no entanto dá destaque para o confronto doutrinário para se determinar se a natureza do direito está fora ou dentro da ciência jurídica:

A questão da "natureza" do direito constitui um dos principais problemas permanentes de qualquer filosofia do direito. Chega a ser estranho que ninguém, é o que parece, jamais tenha considerado digna de atenção a colocação de tal questão, ou tenha ponderado sobre sua razão e sua importância. E, todavia, quando nos pomos a pensar nisso, a questão se mostra um tanto peculiar. Quem pensaria em destinar problema da "natureza" de fenômenos psíquicos a um tratamento independente numa outra ciência que fosse distinta da psicologia? Ou problema da "natureza" da natureza a qualquer ciência que não fosse as ciências naturais? O que mais poderia ser dito a respeito da "natureza" dos fenômenos psíquicos além do que emerge das descrições e explicações fornecidas sobre eles pela psicologia? Ou acerca dos fenômenos da natureza além daquilo que emerge das diversas ciências naturais? (Ross, 2000, p.28-29)

Inicia-se a tentativa de Ross em responder o dilema, defendendo que é necessário o auxílio da linguística para iniciar tal missão. A expressão linguística aqui entendida como uma organização consciente da linguagem real, oral ou escrita, se distingue do seu significado que é um outro fenômeno linguístico. Basta reconhecer que expressões diferentes podem ter o mesmo significado, bem como expressões idênticas assumem diferentes significados:

Entendo por expressão linguística uma organização consciente da linguagem na utilização real, oral ou escrita.
Distinto da expressão mesma como um fenômeno linguístico é o seu significado. E imperioso que se faça essa distinção visto que expressões diferentes podem ter o mesmo significado, bem como uma mesma expressão pode, de acordo com as circunstâncias, deter -significados variados.
O significado pode ser de dois tipos, a saber, expressivo ou sintomático e representativo ou semântico.
Toda expressão linguística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem.
(Ross, 2000, p.29)

Existem dois tipos de significados, o expressivo ou sintomático e o representativo ou semântico. O significado expressivo está presente em toda expressão linguística porque é a manifestação ou sintoma de algo, vale dizer, como um elo num todo psicofísico, a expressão em seu estado inicial sempre se remete à experiência que lhe deu origem. Ocorre que, certas expressões linguísticas, possuem adicionalmente um significado representativo, que simboliza um estado de coisas, não uma relação causal, mas lógica.

Após estas considerações preliminares, Ross apresenta algumas distinções interessantes, a saber:

a) Expressões de asserção, são as que reúnem os dois tipos de significado, por exemplo “meu pai está morto”, o significado expressivo é o impulso de comunicar o fato a uma outra pessoa. Nesse sentido criar a expressão é normalmente a manifestação desse impulso. Com relação ao significado representativo, consiste numa afirmação que o estado de coisas é esse, “que meu pai está morto”. Esta afirmação pode ser considerada abstraída da expressão inicial e do contexto da experiência, permitindo checar sua verdade ou sua falsidade;

a) Expressões que têm tanto significado expressivo quanto representativo, como, por exemplo, "meu pai está morto". Seu significado expressivo será normalmente um impulso para comunicar o fato a uma outra pessoa. Em outras palavras: formular a expressão é normalmente a manifestação desse impulso. Dá-se o nome de asserção ao seu significado representativo - a asserção de que o estado de coisas é esse, a saber, que meu pai está morto. Essa asserção pode ser considerada abstraída da expressão e do contexto da experiência associados a ela. Sua verdade ou falsidade pode ser verificada. (Ross, 2000, p.30)

b) Expressões de exclamação, são as que têm apenas significado expressivo “ai” ou “feche a porta”, estas expressões não asseveram que dói ou que me acho num estado em que desejo que a pessoa feche a porta, portanto nada simbolizam, apenas são portadoras de uma carga emocional ou intencional sem significado expressivo que não pode ser separado da experiência;

b) Expressões que têm apenas significado expressivo. Se, por exemplo, grito "Ai!" porque me queimei ou digo a alguém "Feche a porta!", essas expressões não asseveram que dói, ou que me acho num estado em que desejo que a pessoa feche a porta. Essas expressões nada simbolizam, não têm significado representativo, mas são portadores diretos de uma "carga"

emocional ou intencional. Expressam uma experiência, porém nada representam. Seu significado expressivo não pode ser separado da experiência. (Ross, 2000, p.30)

c) Expressões diretivas, são as que não têm significado representativo, mas sim a intenção de exercer influência, a saber “feche a porta” ou seja, induzir alguém a fazer alguma coisa. Isto acontece sem nenhum tipo de afirmação, o que se pretende é um estímulo.

Às vezes, como, por exemplo, quando grito "Ai!", a expressão não é feita intencionalmente e não visa a influenciar os outros, mas tem o caráter de um reflexo automático. Essas expressões são chamadas de exclamações. Por outro lado, quando digo a alguém "Feche a porta!", a expressão é produzida com a intenção (que ela expressa) de influenciar diretamente a outra pessoa de um modo definido - induzi-la a fechar a porta. O traço característico dela é ser a influência direta, quer dizer, é exercida pela força sugestiva ou pressão encerrada no próprio expressar, e não transmitida pela comunicação de uma asserção. Está claro que é também possível estimular impulsos para a ação mediante esse último método, por exemplo, dizendo a uma pessoa que sua casa está em fogo. Não há um termo geral para as expressões emotivo-volitivas portadoras de intenção. A esta categoria pertencem fenômenos tão heterogêneos como ordenar, dirigir, sugerir, desejar, exortar, rogar, solicitar. Visto que é mais prático trabalhar com um termo geral, proponho para essa finalidade o termo "diretiva". (Ross, 200, p.30)

A proposta do autor, vai no sentido de determinar qual é a categoria de expressão linguística que pertencem as regras jurídicas?

Pela lógica não podem pertencer às asserções e nem às exclamações, restando somente as diretivas que obviamente transmitem uma ideia de ordem, que é bastante compatível com a da existência de um órgão central de direção presente em qualquer sociedade.

No entanto, ao concluir este estudo linguístico-jurídico, Ross alerta os estudantes ingleses e norte-americanos sobre o fato de que na língua inglesa inexistem uma distinção clara entre (a) o próprio direito enquanto regras jurídicas e (b) o conhecimento acerca do direito enquanto proposições acerca de regras jurídicas. Diante da importância para a filosofia do direito de que não se use termos não objetivos, Ross propõe que para a ideia (b) se use a expressão “doctrinal study of law” (ciência do direito):

É importante enfatizá-lo aos estudantes ingleses e norte-americanos. Na língua inglesa inexistem uma distinção clara entre (a) o próprio direito enquanto regras jurídicas e (b) o conhecimento acerca do direito enquanto proposições acerca de regras jurídicas. Não há nenhuma expressão correspondente à expressão *science of law*, "ciência do direito" (*science du droit*, *Rechtswissenschaft*, etc.) usada na Europa continental. A expressão *legal doctrine* ("doutrina jurídica") refere-se mais a um corpo de regras do que ao conhecimento a respeito das regras. Como é importante para os propósitos da filosofia do direito operar com um termo que distinga claramente o conhecimento do direito do próprio direito, eu proponho a expressão *doctrinal study of law* ("ciência do direito") para o primeiro. (Ross, 2000, p.33)

Dessa forma, demonstra que embora aparentemente orações encontradas em livros jurídicos sejam similares as que figuram nas normas jurídicas existe uma diferença no significado lógico, pois as proposições contidas no livro pretendem descrever e não prescrever.

Se a literatura pretende ser conhecimento do que é efetivamente o direito vigente tem que se basear em asserções e não em diretivas. A proposição de um livro de direito tem como meta revelar o direito vigente dentro de um sistema legal a *common law*, por exemplo.

Dessa forma, Ross demonstra que toda proposição que se apresenta no estudo doutrinário do direito, que para ele é a ciência do direito, contém como parte integrante o conceito de "direito vigente".

Nesse sentido, o problema da "natureza do direito", despidido de sua formulação metafísica se torna o problema de como interpretar o conceito de "direito vigente" no âmbito dessa ciência do direito que está próxima de uma filosofia do direito.

Em Ross, após raciocínio comparativo sobre o jogo de xadrez que para sua plenitude de significação requer não só os conhecimentos das suas regras, mas principalmente o conhecimento da teoria desse jogo, que acontece de modo interativo onde o jogador a partir de regras primárias, que são diretivas, é capaz de realizar expressões assertivas em total sintonia com esses comandos, tornando pelas suas ações a regra de xadrez vigente:

Imaginemos que duas pessoas estão jogando xadrez, enquanto uma terceira observa.

Se o observador nada conhecer de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém, não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre

eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição particular das peças sobre o tabuleiro.

Se o observador conhecer as regras do xadrez, mas além disso não conhecer muito a respeito da teoria do jogo, sua experiência sobre o jogo dos outros mudará de caráter. Compreenderá que o movimento "irregular" do cavalo é o prescrito para essa peça. Estará em posição de reconhecer os movimentos das peças em turno como movimentos prescritos pelas regras. Dentro de certos limites será capaz até de predizer o que acontecerá, pois sabe que os jogadores se revezam para executar um movimento, e que cada movimento tem que cair dentro do total de possibilidades permitidas pelas regras em qualquer dada disposição das peças. Mas, além disso, especialmente se os jogadores forem algo mais do que meros principiantes, muito do que ocorre lhe parecerá enigmático. Ele não entende a estratégia dos jogadores e não enxerga os problemas táticos da situação. Por que, por exemplo, o jogador não toma com suas peças brancas o bispo? Para um completo entendimento do jogo é essencial um conhecimento não apenas das regras do xadrez como também um certo conhecimento da teoria do jogo. A probabilidade de ser capaz de predizer o próximo movimento aumenta se se leva em conta não somente as regras do jogo, mas também a teoria do jogo e a compreensão que cada jogador possui dessa teoria. Finalmente, também será necessário levar em conta o propósito alimentado por cada jogador no jogo. Supõe-se normalmente que um jogador joga para ganhar. Porém, há, igualmente, outras possibilidades (por exemplo, deixar que seu oponente ganhe, ou experimentar e pôr à prova o valor de um determinado movimento).

Essas considerações do jogo de xadrez encerram uma lição interessante e peculiar. Temos aqui diante de nós uma série de ações humanas (os movimentos das mãos para alterar a posição de certos objetos no espaço), e nos é facultado supor que esses movimentos a processos corpóreos (respiração, processos psicofísicos, etc.) constituem um curso de eventos que segue certas leis biológicas e fisiológicas. Todavia, é óbvio que ultrapassa o limite de toda possibilidade razoável considerar esse curso de eventos de tal maneira que os movimentos individuais do xadrez possam ser explicados e preditos com uma base biológica e fisiológica. (Ross, 2000, p.34-35)

Nessa linha, o autor demonstra que o conceito de direito vigente pode ser extraído de maneira similar, deixando-se de lado a causalidade e admitindo-se uma reação psicológica na leitura dos significados do conjunto abstrato de ideias normativas que serve como método interpretativo para os fenômenos do direito em ação, trazendo o significado de norma efetivamente acatada, porque são experimentadas e assimiladas como socialmente obrigatórias:

Com base no que foi dito, formulo a seguinte hipótese: o conceito "direito vigente" (de Illinois, da Califórnia, da common law) pode ser em princípio explicado e definido da mesma maneira que o conceito "norma vigente do xadrez" (para dois jogadores quaisquer). Quer dizer, "vigente" significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.

Pode-se, talvez, ter essa conclusão na conta de um lugar comum e pode parecer que um excessivo aparato de raciocínio foi empregado visando a esse fim. Isto poderia revelar-se verdadeiro se os problemas fossem abordados por uma pessoa que não alimentasse noções preconcebidas. Porém, não seria verdadeiro no caso de uma abordagem histórica. A grande maioria da totalidade dos autores de filosofia do direito até a atualidade tem sustentado que não é possível explicar o conceito "direito vigente" sem a referência à metafísica. O direito, de acordo com este ponto de vista, não se limita a ser um fenômeno empírico. Quando dizemos que uma regra do direito é "vigente" ou "válida", nos referimos não somente a algo fatural, a algo observável, mas também a uma "validade" de cunho metafísico. Supõe-se que essa validade seja um puro conceito da razão, de origem divina ou existente a priori (independente da experiência) na natureza racional do ser humano. E eminentes autores da filosofia do direito, que rejeitam tal metafísica espiritual, têm considerado, todavia, que a "validade" do direito só pode ser explicada por meio de postulados específicos. (Ross, 2000, p.41)

Este esforço de se buscar o conceito de "direito vigente" no código linguístico-jurídico posto e na sua respectiva interpretação (enquanto momento de optar por ações), pode ser encarado como um caminho válido para contrapor os tradicionais conceitos sobre a "natureza do direito", ora fundados em puro conceito da razão ou na origem divina.

Com relação ao conceito de justiça, verifica-se mais afinidades entre Ross e Kelsen, pois ambos repudiaram as tentativas feitas desde a Grécia antiga (Aristóteles), passando pela Idade Média (jusnaturalismo) e pelo modernismo (marcado pelo clássico antagonismo das propostas do liberalismo e do socialismo):

E mais que provável que a lei da causalidade tenha surgido da norma da retribuição. É o resultado de uma transformação do princípio da imputação, em virtude do qual, na norma da retribuição, a conduta não-reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio. Este processo de transformação começou na filosofia natural dos antigos gregos. É altamente significativo que a palavra grega para causa, (...), originariamente significasse o mesmo que culpa: a causa é culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito. Uma das primeiras formulações da lei causal é o célebre fragmento de Heráclito: "Se o sol não se mantiver no caminho prescrito (preestabelecido), as Erínias, acólitas da Justiça, corrigi-lo-ão". Aqui a lei natural aparece ainda como lei jurídica: o Sol não deixa o caminho que lhe foi prefixado, pois, se o fizesse, os órgãos do Direito interviriam (procederiam) contra ele. O passo decisivo nesta transição de uma interpretação normativa para uma interpretação causal da natureza, do princípio da imputação para o princípio da causalidade, reside no fato de o homem se tornar consciente de que as relações entre as coisas — diferentemente das relações entre os homens — são determinadas independentemente de uma vontade humana ou supra-humana ou, o que vem a dar no mesmo, não são determinadas por normas, de que o comportamento das coisas não é prescrito ou permitido por qualquer autoridade. A depuração completa do princípio da causalidade de todos os

elementos do pensamento animista ou personalista, a determinação da causalidade como um princípio diferente da imputação, apenas se poderia processar gradualmente. Assim, por exemplo, a ideia de que a causalidade representa uma relação absolutamente necessária de causa e efeito — uma ideia que ainda dominava nos princípios do séc. XX — é seguramente uma consequência da concepção segundo a qual é a vontade de uma autoridade absoluta e todo-poderosa e, portanto, transcendente, existente para lá do domínio da experiência humana, que produz a ligação entre a causa e o efeito. Se se põe de parte esta concepção, nada impede que se elimine do conceito de causalidade o elemento de necessidade e se substitua este elemento pelo da simples probabilidade. Se, no entanto, se conserva o elemento de necessidade, deve este sofrer uma mudança de significado, deve a necessidade absoluta da vontade divina, que se manifesta na relação de causa e efeito, transmutar-se numa necessidade do pensamento humano, isto é, na validade, sem exceção possível, de um postulado do conhecimento humano. (Kelsen, 1996, p.94-95)

Numa síntese dessas ideias, pode-se dizer que o motivo da rejeição às respostas apresentadas nos períodos citados, se dá pelo fato de que a fundamentação utilizada para as ideias de igualdade e de liberdade (tidas como a base do conceito) se deu no campo axiológico, que para Kelsen não pertencem ao mundo do direito e, nem mesmo, no âmbito metajurídico a justiça absoluta não pode ser compreendida pela razão humana e para Ross se a exigência da igualdade não pode ser tomada em sentido formal é porque está submetida a uma opinião subjetiva e emocional, revelando-se assim como princípio não autêntico que rejeita toda tentativa de análise lógica.

No entanto, na atualidade parece possível a partir do método proposto pela teoria do conhecimento jurídico de Ross, chegar a um conceito de justiça também empírico como o do “direito vigente” defendido pelo referido autor.

Nesse sentido, os conceitos de justo e injusto e a própria ideia de liberdade podem ser conhecidos quando se materializam em momentos raros, onde as expressões linguísticas e a ação humana atuam na defesa contra o abuso de direito.

Ao tratar da questão, Luhmann lembra que surgiram teorias do Direito inspiradas tanto no Direito Civil Romano como na *Common Law*. A necessidade de teoria surgiu em parte pela própria prática forense e por outro lado pelo ensino jurídico. No princípio foram analisados os argumentos provenientes do processo jurídico e posteriormente os elementos que fundamentam a justificação das decisões judiciais e nesse mesmo contexto foi dada importância às decisões que se destacaram pela sua profundidade:

En el mundo del derecho la teoría no es algo desacostumbrado. Tanto en la tradición del Derecho Civil Romano como en la de la Common Law, se han desarrollado teorías jurídicas de los más diversos tipos. ¹ La demanda de teoría ha surgido, por una parte, de la docencia del derecho y, por otra, de la praxis misma. En un principio se trató de argumentos relativos al derecho, provenientes de los involucrados en el proceso jurídico. Después, de la justificación de las decisiones del tribunal y, en ese mismo contexto, de decisiones que habían sobresalido por su consistencia. La experiencia proveniente de los casos y de los conceptos se tuvo que mantener disponible para que pudiera ser reutilizada. Esta demanda de reutilización tiene, como lo analizaremos después con más detalle, una estructura doble. Por un lado, los conceptos y las teorías deben quedar condensados de un modo tal, que puedan ser identificados en la reutilización. Por otro, la reutilización se lleva a cabo en situaciones distintas, debido a que cada caso es nuevo; a pesar de ello, las estructuras de sentido tienen que ser confirmadas en la invariabilidad de su forma. Del primer camino resulta una reducción; del segundo, un enriquecimiento de sentido: uno condiciona al otro. (Luhmann, 2000, p.1)

A experiência proveniente dos casos e dos conceitos teve que se manter disponível, para que pudesse ser reutilizada. Esta necessidade de reutilização tem uma estrutura dupla. Por um lado, os conceitos e as teorias, devem estar condensados de uma maneira que possam ser identificados e reutilizados.

Por outro lado, a reutilização é executada em situações bem distintas, porque cada caso é um caso novo, mas apesar disso, as estruturas de sentido da reutilização devem ser conservadas na invariabilidade de sua forma. Do primeiro caminho resulta uma redução e do segundo, um enriquecimento de sentido: um condiciona o outro.

A segunda fonte importante de conceituação e sistematização teórica provém do ensino do direito. Seu significado em relação à prática de decisão no direito se pode valorar de muitas maneiras. Em qualquer caso o sistema educativo prepara para a profissão jurídica:

La segunda fuente importante de conceptualización y sistematización teórica proviene de la cátedra del derecho. Su significado, en relación a la praxis decisional en el derecho, se puede valorar de muy diversas maneras? En cualquier caso, el sistema educativo prepara para la profesión jurídica. La formación se puede permitir más abstracción, más generalización, más "filosofía" que la que de hecho se utilizará en el lugar de trabajo. Esto ha conducido a que se ignore la fuerza de convencimiento del material teórico con fines de enseñanza; es decir, que se ignore el carácter "local" de la racionalidad jurídica proveniente de la argumentación de los textos y de los casos. Aún así, cualquier desarrollo teórico será aceptado en el sistema. Las escuelas de derecho de los Estados Unidos mantienen estrecho contacto con la American Bar Association. En Alemania, los exámenes jurídicos son "exámenes de Estado". Los efectos de un texto universitario (o personal)

pueden sugerir modificaciones a la praxis del sistema legal; los libros de texto y las monografías se citarán, ocasionalmente, en las decisiones de los tribunales. Sin embargo, estas modificaciones sólo se llevarán a efecto si acontecen dentro del sistema; es decir, si modifican algo que ya existe con anterioridad. Evidentemente que la investigación científica debe atender a limitaciones similares, sólo que en un sistema radicalmente distinto.

Las "teorías del derecho" que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que hagan sury expectativas.

Por consiguiente, los trabajos que se llevan a cabo internamente en el sistema jurídico -la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del derecho-, no se deben entender como si se trataran de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio. Se trata, antes bien, de un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; esto es, un esfuerzo de "amplificación" y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción. (Luhmann, 2000, p.2-3)

A formação pode permitir mais abstração, mais generalização, mais filosofia, do que de fato se utilizará na profissão. Isto tem contribuído para que se ignore a força de convencimento do material teórico para fins de ensino, dessa forma se ignora o caráter "local" da racionalidade jurídica proveniente da argumentação dos textos e casos jurídicos. Quando se considera este aspecto, qualquer desenvolvimento teórico será adaptado no sistema.

As escolas de direito americanas, mantêm estreita relação com a American Bar Association (instituição equivalente a OAB). Na Alemanha os exames jurídicos são exames de estado.

Os efeitos de um texto universitário (ou pessoal) podem sugerir modificações a prática do sistema legal. Sem dúvida estas possibilidades só são levadas a efeito, se acontecem dentro do sistema e dessa forma modificam algo que já existe anteriormente.

Sendo assim, reconhece o autor que a investigação científica (ciência do direito) atende a limites similares, porém pertencem a um sistema radicalmente distinto.

As teorias do direito, que surgem na prática jurídica ou no ensino jurídico, são juntamente com os textos de direito vigentes, a forma que o direito se apresenta como resultado das interpretações.

Nesse sentido as interpretações são produto da auto-observação do sistema jurídico, porém não são teorias reflexivas da unidade do sistema (funções do direito) e delas não se extrai consequências que façam surgir expectativas.

Por conseguinte, os trabalhos que levam a cabo o âmbito interno do sistema jurídico (teoria geral do direito, dogmática jurídica, princípios e conceitos de direito) não devem ser entendidos como uma resistência profissional a crítica ou uma função defensiva de carácter simbólico ou de legitimidade. Trata-se, muito antes, de um esforço para alcançar consistência conceitual, de oferecer a comprovação dos princípios, dos conceitos e das regras de decisão; isto é um esforço de “ampliação” e acima de tudo, uma necessidade de corrigir as generalidades excessivas do esquema regra/exceção.

No interior do sistema isto pode ser entendido como trabalho em torno da justiça e que sempre lhe atribui um valor que clareia e dá sentido ao trabalho do jurista. No entanto, nesse momento de seleção que se desenvolve a partir da contingência, surge o problema da legitimação.

Conforme citado anteriormente, Luhmann lembra que tem surgido iniciativas para resolver este problema (lógicas e hermenêuticas, institucionais “pospositivistas”, sistêmicas, retóricas, teórico-argumentativas) em todos os casos sempre com cortes parecidos, que não se deixam limitar nem pelas teorias dogmáticas e nem pela “filosofia do direito”:

Como principio básico esto significa que el concepto se define recurriendo a sí mismo: autorreferencia extractada. La norma prescribe lo que debe ser. Esto hace necesario diferenciar la norma, de los hechos mediante una distinción directriz, con lo cual entra en consideración lo que -visto desde la norma- puede ser juzgado como conforme o divergente: con estas determinaciones la teoría del derecho queda adjudicada al sistema jurídico. Se trata todavía de una teoría reflexiva del sistema jurídico orientada hacia la abstracción y hacia la búsqueda de contactos Interdisciplinarios; además de que se trata de una reflexión guiada por la vieja tesis de que las normas no se derivan de los "hechos" y que tampoco se pueden describir como hechos, sobre todo cuando se trata de hacer justicia al valor específicamente propio, al sentido intencional, al carácter reivindicativo de la norma. Es evidente que todo esto puede ser así, sobre todo cuando se ajusta a esta inmanencia de sentido de la norma. Pero el que esto suceda, el derecho lo identifica como esfuerzo reflexivo con el que tiene que vérselas según su propio entendimiento.

Los filósofos se han hecho siempre preguntas tan abstractas que no es posible suponer que los juristas o los laicos involucrados en cuestiones jurídicas se Interesaran en ellas. Por ejemplo la pregunta de por qué se está

obligado a obedecer el derecho Sin lugar a dudas esta es una interrogante cuya respuesta positiva debe darse dentro del sistema del derecho -de otra manera el sistema se colapsaría-. Sin embargo, existen casos límite y excepcionales: iderecho de oposición! Por ello, puede ser de gran ayuda una aclaración teórica de la cuestión de la obligación, ya que en el funcionamiento práctico del sistema una aclaración de este tipo se da tan sólo en ocasiones muy especiales -aunque esto sea válido para cualquier problema-. ..Otras tendencias que obtienen un impulso adicional hacia la abstracción expresada en una teoría del derecho, las encontramos en los esfuerzos por comparar distintos órdenes legales o familias de órdenes legales como los que ha hecho la Common Law o aquellas codificaciones que se han llevado a cabo en áreas importantes del derecho. En estos esfuerzos de comparación es algo muy decisivo conservar una cierta distancia con respecto a las valoraciones que se hacen sobre los órdenes legales individuales; aunque deba ratificarse la autoafirmación del derecho: por ejemplo, no cuestionar el hecho de que el derecho se debe imponer, que una ley deba concretizarse en el caso específico y de que existan razones -buenas y menos buenas- para determinadas interpretaciones del texto. En forma rudimentaria, es posible observar en todas estas tendencias el surgimiento de una cultura mundial del derecho. (Luhmann, 2000, p.3-4)

Estas iniciativas se comunicam em torno de um eixo comum, que é a função social da teoria do direito e até o presente momento nenhuma delas apresentou um perfil suficientemente claro. Apesar dessa pluralidade de iniciativas não se abandonou a inclinação de associar a teoria do direito com perspectivas internas do sistema jurídico. Isto se justifica, porque a teoria do direito, seja qual for, nunca abandona o conceito de norma com *status* de conceito fundamental, ou seja, o princípio básico se define recorrendo a si mesmo, que Luhmann chamou de autorreferência extraída:

La redundancia hace colisión con la variedad de las circunstancias de la vida y de los casos jurídicos. Entre más variadas son las circunstancias que entran en el campo de observación del sistema jurídico, más difícil será sostener una consistencia suficiente. Debido a esto, el derecho antiguo se había atenido a las formalidades. Cuando se añaden "figuras delictivas internas", "motivos", "intenciones", se hace necesaria una revisión de la conceptualización que ñinge en calidad de control. Lo mismo es válido para el desarrollo del proceso jurídico cuando habla de posibilidades de demostración más exigentes y más indirectas. Históricamente no ha sido claro el que el derecho mismo sea el que tenga que aportar las pruebas tanto en lo referente al hecho como a la validez. Y si se lo considera con detenimiento esa es una pretensión asombrosa del derecho. Ya que en los hechos se trata tanto de la solución de una paradoja, como de autoorganización, como de llevar a efecto la autonomía social. La ruptura parece que tuvo lugar en el siglo XII. Desde la Edad Media, este desarrollo se ha promovido con grandes éxitos, pero también con las correspondientes pérdidas de seguridad. Ante esta pérdida de certidumbre la jurisprudencia cautelar ha tenido que reaccionar anticipándose a los problemas de la decisión.

Todo esto nos ocupa, ahora, sólo de manera marginal. Ya habrá oportunidad de que regresemos con más detenimiento. Por el momento interesa únicamente echar una vistazo árido a las consecuencias de este tipo de

desarrollo teórico. Como se aprecia, se han producido innumerables teorías jurídicas, pero ninguna teoría del derecho. Se ha llegado a la representación casuística por medio de teorías referidas a problemas específicos, pero no se ha arribado a un entendimiento apropiado del derecho como una unidad que se produce a sí misma. El resultado ha sido la existencia de multiplicidad de teorías, pero no una autorrepresentación del derecho como derecho. Los requerimientos de consistencia (requerimientos de redundancia) de la praxis sí han sido tomados en cuenta; en cambio los fundamentos han tenido que ser presupuestos o han sido introducidos "dogmáticamente", es decir: las abstracciones no han sido analizadas.

Estas apreciaciones no están pensadas como crítica al desarrollo y al nivel de racionalidad de dichas teorías. Por el contrario más bien habría que hablar de un déficit en el análisis de la información en el sentido de todo lo que requeriría la racionalidad de la profesión? Por consiguiente, no se trata, aquí, de que nos ocupemos de los intereses racionales de todas estas propuestas. Nuestra pregunta se limita tan sólo al asunto de cómo se puede comprender el derecho como unidad y para eso aplicaremos la teoría de sistemas: así se verá a lo que uno se aventura cuando se define la unidad del derecho como sistema. (Luhmann, 2000, p.09-10)

Isto faz com que a teoria do direito seja adjudicada pelo sistema jurídico, porque se a norma prescreve o que deve ser, então é necessário diferenciar a norma dos fatos, mediante uma distinção diretriz, que só se encontra na operação interna do sistema.

Para estabelecer o critério para estas diferenciações, Luhmann parte da teoria dos sistemas, demonstrando que a própria comunicação interdisciplinar, que respeita os objetos de cada ciência ou sistema, é que torna possível verificar que o direito impõe a si mesmo os seus limites de diferenciação.

Nesse aspecto, Luhmann ressalta que embora reconheça a unidade do sistema social, enxerga nitidamente a sua divisão entre funções e nesse sentido uma das mais importantes funções é desempenhada pelo direito.

No passado, as correntes sociológicas viam no direito o controle social ou a integração, no entanto discordando dessa posição Luhmann enfatiza que a base da função do direito está na dimensão temporal:

Esta relación que mantiene la función del derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización, que es propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo se producen indicaciones generales independientemente de las circunstancias, sino que los símbolos se refieren a lo invisible: al futuro que no puede ser visible. Mediante las simbolizaciones, como bien se sabe por la religión, la sociedad produce estabilidades y sensibilidades específicas. Se confía en el símbolo porque lo que se quiere

designar no se puede ver. El signo, según nos lo define el concepto de símbolo, se vuelve reflexivo como signo cuando se le designa como signo. Con todo, no se puede descartar plenamente que se imponga una realidad distinta y que al final se caiga en el engaño: los efectos que surgen de allí pueden ser mayores que las circunstancias que los provocaron.

La referencia temporal del derecho no se encuentra, pues, ni en la vigencia de las normas (que se dividen en variables e invariables), ni en la historicidad inmanente del derecho. Tampoco se encuentra en que la "materia" del derecho -la conducta humana- haga presencia en el espacio y en el tiempo. La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto - genuinamente incierto. Por eso con las normas varía la medida en la que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad. (Luhmann, 2000, p.96)

Essa afirmação não quer refutar o efeito de controle ou integrativo que inevitavelmente o direito produz, mas sim tornar visível uma função que precede estes efeitos na dimensão temporal. Seria como se o direito determinasse o tempo social, quando participa das comunicações de expectativas e promove o seu reconhecimento e se dessa operação resulta consequências sociais, encontra-se o significado social do direito.

Nesse sentido, a referência temporal do direito não reside no período de vigência das normas, mas sim nas funções dessas normas, que estabilizam as expectativas perante um futuro incerto.

Nessa linha, o direito se apresenta relacionado com a tensão entre a dimensão temporal e a social, quando identifica a expectativa normativa e a cognitiva, e quando exerce o equilíbrio com base no seu código direito\não direito. Desse equilíbrio vem a ideia de sistema de direito.

Enquanto sistema, o direito permite saber que as expectativas têm respaldo social. Esta segurança permite enfrentar os desencantos da vida, pois sabe-se que está seguro com relação a algumas expectativas.

Este sistema permite a formação de um juízo de mais confiança, quando o direito é respeitado, mas também no sentido inverso pode gerar desconfiança, quando não se respeita o direito. Essa comunicação de desconfiança, faz o sistema recorrer a operação básica de autorreferência com relação à violação da Lei e dessa forma restaurar a confiança.

Um fator importante nesse processo é a expectativa de sanção, porém é importante lembrar que a doutrina atual vem afastando do conceito de norma a

ameaça da sanção que passa a ocupar espaço como um símbolo da linguagem jurídica e nessa ótica a ideia de norma é definida como função orientadora das motivações e também de garantia para quem tem essas expectativas:

La capacidad funcional de esta estructura es obvia y se evidencia en las personas, en los edificios, en las actas, en las direcciones. En eso se ha concentrado la teoría jurídica no sociológica, y de allí ha elaborado el carácter positivo de este contexto de producción. Al sociólogo le llamará la atención que aquí se hable sólo del subsistema organizacional del sistema jurídico que se tematiza en la toma de decisiones del derecho, pero que no se atiendan otros ámbitos en los que también se lleva a cabo la doble estandarización. Porque el mismo fenómeno aparece también en el terreno general de la toma de decisiones. También en la vida cotidiana de los que no forman parte de las organizaciones jurídicas, se forman expectativas normativas respecto de las expectativas normativas. Así es cómo alguien que ve afectados sus supuestos derechos espera -en calidad de norma- que los demás apoyen su demanda. O cuando menos no se deja convencer por la indiferencia innegable de los demás, ya que en realidad ellos mismos "deberían" de responsabilizarse tomando partido por lo que está en conformidad con el derecho, y no por lo discrepante. Puede también ser que haya terceros que esperen que uno interceda a favor de sus derechos y no acepte sin más la violación de éstos. El sistema jurídico, desde la perspectiva de la totalidad, opera con base en la seguridad de la expectativa normativa de la expectativa normativa. El sistema se diferencia sobre la base del carácter reflexivo de sus operaciones. Sólo así se puede llegar a la compenetración social y a la aceptación del reclamo de competencia dentro del sistema, por parte de quien toma las decisiones en el derecho. Sólo así las instancias de toma de decisión en el derecho son ahora más que todo lo que habían sido en la mayoría de las culturas clásicas: elementos extraños de tipo corporativo en una sociedad ordenada por familias (casas). Con la consecuencia de que un acuerdo entre vecinos o una autojusticia de la comunidad (o del gremio) se ponía siempre por encima de la posibilidad de recurrir a los tribunales. Sólo así fue posible, en contra de esta estructura que tenía mayores posibilidades de evolución, que se desarrollara la confianza en una jurisdicción formal y la aplicación generalizada (y diferenciada) del derecho, para la estructuración de los problemas de la vida cotidiana. Pero, ¿cómo se puede mostrar empíricamente esta base del derecho? ¿De qué condiciones depende la respuesta a esta pregunta? (Luhmann, 2000, p.109-110)

Nessa linha, observa-se que também o sistema jurídico vai se organizar em subfunções para promover uma estabilização das expectativas. Algumas subfunções podem ter origem em outros sistemas, como por exemplo na economia. Com a escassez dos recursos naturais foi necessário a criação de um sistema fechado, que pudesse proteger estes recursos e a sua distribuição, assim como garantir a existência do sistema e de seu código operativo, que determina que quem pretende adquirir deve pagar, tendo essa comunicação como principal símbolo o dinheiro.

Dessa forma, verifica-se no direito a função de garantir as expectativas normativas, através de um sistema fechado que protege seu código binário direito/não direito e conseqüentemente sua função. Porém é interessante lembrar que esses sistemas só podem se enclausurar porque possuem um processo de auto-alimentação que possui como referência os seus limites em relação aos outros sistemas.

No caso do sistema jurídico, existem duas características importantes para produzir autorreferências, a hierarquização e as decisões dos tribunais. No caso da hierarquização a divisão por competência parece ser um bom limitador e também nas decisões normativas a fixação dos seus efeitos nos contornos dos casos.

No entanto, na atualidade a tensão entre política e direito tem aumentado com o fortalecimento excessivo do sistema político trazendo dificuldades na visualização dos contornos entre esses dois sistemas:

Tales hechos obligan a cambiar el centro del problema de la imposición jurídica: del comportamiento a la expectativa. Y con este cambio elaborar la diferencia entre derecho y política en el sentido de una imposición efectiva de las decisiones obligatorias que vinculen a la comunidad, La función del derecho consiste únicamente en posibilitar la seguridad de la expectativa, justamente en vistas de las decepciones previsibles -e inevitables. No obstante, este cambio de centro resuelve el problema sólo parcialmente. La seguridad de la expectativa peliga también por el hecho de que un comportamiento conforme a la expectativa no pueda ser alcanzado: que no exista ni la más ligera esperanza de realización de la expectativa, a pesar de que esté cubierta por el derecho. El derecho no puede estar continuamente diciendo: Usted tiene razón, pero desgraciadamente no podemos ayudarle. Tiene que ofrecer por lo menos sustitutos del cumplimiento de lo exigido (multas, indemnizaciones...) y tener la capacidad de imponerlos. Con todo, el derecho no puede siquiera garantizar que el que há sido juzgado tenga solvencia económica, y ningún sistema político vería como tarea propia pagar en lugar del sentenciado, sólo para ayudar a que el derecho se imponga. Una cierta síntesis de las funciones de política y derecho es, por lo tanto, inevitable -pero justo sobre la base de funciones distintas. Si la política lograra realmente su objetivo de imponer las decisiones vinculantes para la comunidad de manera efectiva y sin excepciones, el sistema jurídico se encontraría en una situación paradójica: por un lado ya no tendría ningún problema porque ya no habría que contar con expectativas que se frustraran; por otro, se sentiría decepcionado en sus propias expectativas por la irrupción en su campo, del sistema político. Dicho de otra manera: existen buenas razones para que la imposición jurídica se limite a lo necesario para que las expectativas resistan las decepciones, y lo demás dejarlo a la diferencia funcional entre sistema jurídico y sistema político. (Luhmann, 2000, p.114-115)

Um vetor importante é visualizado através da vinculação crescente que se impõem às decisões dos tribunais político-jurídicos. Portanto é importante lembrar que os sistemas em muitas fases precisam revisar as suas funções, como o caso da família e da religião, sendo que isto não configura perda da função, pois a autorreferência é automática ao detectar a nova comunicação.

No caso da comunicação política em relação ao sistema jurídico, a revisão da função desse último faz com que ocorra uma alteração no programa que garante a preservação do código, assim como da sua função geral, que é a estabilização das expectativas normativas-cognitivas.

Nesse aspecto, destaca Vilanova que o Direito Positivo não pode ser compreendido dissociado do sistema social. Por outro lado, também não ocorre fato social sem a respectiva normatividade. Para essa coexistência o direito utiliza estruturas variadas:

O direito positivo, sempre historicamente individualizado pelo substrato social a que responde, como contrapartida normativa, tem estruturas de diversos tipos. Em conjunto, é uma estrutura social, inseparável o suporte factual e a capa normativa, pois não há fato social sem normatividade. E um sistema social, e dentro do sistema global que é a sociedade, cumpre a função de um subsistema ou sistema-parte desse todo.

Entre as estruturas, há aquelas que residem no fato de o direito ser um produto objetivo da cultura, fixado num sistema de linguagem. E na linguagem encontramos, pondo de parte as estruturas meramente gramaticais, as estruturas lógicas ou formais. Assim, o direito positivo se não é, tende a ser um sistema. Não é mero agregado de proposições normativas, simples justaposição de preceitos, caótico feixe de normas. A própria finalidade que tem de ordenar racionalmente a conduta humana sujeita-o às exigências da racionalidade, de que a lógica é a expressão mais depurada. E da ordem da práxis, sem deixar de pertencer à "razão prática". (Vilanova, 2010, p.53-54)

Desses ensinamentos, podemos admitir que o pensamento sistêmico, passou por um processo de depuração onde foi reconhecida a importância da linguagem, não só porque engloba as estruturas lógicas ou formais, mas porque também oferece ao direito um mecanismo de autorreferência que permite um condicionamento social do comportamento humano, por elementos e hipóteses, numa perspectiva de função social. Embora a lógica não está vinculada a um conteúdo, a partir das suas estruturas formais os membros dos poderes estatais podem incluir temas sociais ou axiológicos, em sintonia com o momento histórico, promovendo segurança jurídica por meio das suas decisões e conseqüentemente estabilizando as expectativas da comunidade.

1.3 OS SISTEMAS DISCURSIVOS DE HABERMAS E DWORKIN

No âmbito da teoria do discurso, Habermas delimita o objeto de sua análise, sinalizando para a crítica a estes paradigmas científicos do direito e da política que assim como o sistema do Direito e os princípios do Estado do Direito apesar de serem determinados in abstracto são encontrados somente em constituições históricas e sistemas políticos. Para o autor, esta incorporação às ordens jurídicas concretas pode ser atribuída à força da interpretação constitucional, que tematicamente se liga à ciência política e ao direito internacional público.

Nessa linha, se torna evidente que as diversas ordens jurídicas concretas, não constituem apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios, mas também consagram paradigmas jurídicos diferentes. A partir dessas premissas que o autor chamou de concepções exemplares de uma comunidade jurídica lançou a pergunta norteadora do seu trabalho: “de que modo o sistema de direitos e princípios do Estado de Direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade”:

Introduzimos o sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito sob o enfoque do direito racional. O fato de termos passado da perspectiva da teoria do contrato para a da teoria do discurso não implica numa mudança do nível de abstração. As referências fortuitas e ilustrativas aos sistemas jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos pretendem lembrar apenas que os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados in abstracto, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. Tudo isso é objeto da ciência política e do direito do Estado internacional comparado, os quais atingem indiretamente o nosso tema. Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. Com isso, tenho em mente as concepções exemplares de uma comunidade jurídica a respeito da seguinte pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade? (Habermas, 1997, p.241)

Para Habermas, um paradigma jurídico não consegue responder a questão formulada, a não ser que se utilize de um modelo social contemporâneo. Nesse sentido, ensina que todo o standard social contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico, portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente e que somente a partir dessa ideia é que um paradigma jurídico demonstra

a forma como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo:

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um "modelo social do direito" (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito. Antes de entrar na discussão propriamente dita dos paradigmas, eu gostaria de retomar, nos dois capítulos seguintes, o princípio da filosofia do direito que preparei, introduzindo o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito na linha de uma teoria do discurso, e torná-lo plausível sob pontos de vista da teoria do direito, portanto no enforque de um sistema jurídico em sentido mais estrito. (Habermas, 1997, p.242)

Lembra ainda, que na história moderna do direito, os paradigmas mais bem-sucedidos são o direito formal burguês e o direito materializado no Estado Social, que continuassem a concorrer entre si. O autor revela que pretende apresentar um terceiro paradigma que seja capaz de absorver os outros dois à luz da política e da teoria do discurso. Nesse sentido, foi imperativo que desenvolvesse uma teoria introduzindo o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito na linha de uma teoria do discurso, visando sua admissibilidade frente à teoria geral do Direito, portanto no enfoque de um sistema jurídico em sentido mais estrito.

Habermas destaca que nos sistemas jurídicos da atualidade se faz necessário uma dupla delimitação. Num sentido mais amplo, isto é, enquanto sistema de ação ou de limitação de conduta através das normas, o autor lembra o conceito de Luhmann, em que o direito seria um sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento:

Para sistemas jurídicos modernos, recomenda-se uma dupla delimitação. Ao direito, enquanto sistema de ação, podemos subordinar a totalidade das intenções reguladas através de normas. Luhmann, por exemplo, define o direito, neste sentido mais amplo, como o sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento. Ele se compõe de todas as comunicações sociais formuladas tendo como referência o direito. Ora, o sistema de direitos em sentido mais estrito ultrapassa essa concepção. Ele abrange todas as intenções, também as que não se orientam pelo direito, podendo produzir direito novo e reproduzi-lo enquanto tal. Para a institucionalização do sistema jurídico neste sentido, necessita-se da auto-aplicação do direito através de regras secundárias que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito. Os "poderes" do Estado, da legislação, da justiça e da administração distinguem-se de acordo com essas funções. (Habermas, 1997, p.242)

Nessa ótica, o direito se consolida num ambiente de variadas comunicações sociais que tem sua orientação no direito.

Já o sistema de direitos em sentido mais estrito se situa além da concepção anterior, pois não se limita as interações que se orientam pelo direito, mas que por vezes produzem direito novo, assim como o reproduzem. Nessa linha, a institucionalização se opera a partir de regras secundárias que estabelecem e outorgam as competências da normatização da aplicação e da imposição do direito. É possível identificar raciocínio similar na atuação dos poderes do Estado, que se distinguem de acordo com essas funções, sobretudo quando observa-se esta atuação pelo lado prático.

Desse modo, é notória a comunicação dessas funções, ainda quando, estão sendo exercidas em ambientes diversos daqueles onde residem suas competências.

Um bom exemplo é o Estado Democrático de Direito, que na legislação, verifica-se grande participação do judiciário, através das decisões judiciais, assim como as decisões administrativas.

Assim se mantêm na perspectiva do sentido mais amplo as interações resultantes das normas de direito material ou aquelas específicas à administração do estado. Para Habermas, essas indicações são suficientes para uma localização grosseira do sistema jurídico em sentido estrito, sendo num primeiro momento essenciais a comprovação de uma teoria Discursiva do Direito:

Essas poucas indicações são suficientes para uma localização grosseira do sistema jurídico em sentido estrito. E uma teoria discursiva do direito precisa comprovar-se, inicialmente, nesse nível. Ora, a teoria do direito, ao contrário

das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extrai os seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. Ao contrário da filosofia, a teoria do direito não pode desprezar os resultantes donexo interno entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado. De outro lado, a teoria do direito, unindo-se à dogmática jurídica, privilegia a perspectiva jurídica. Isso se explica a partir do valor posicional funcional da jurisdição no interior do sistema jurídico mais estreito. Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. A escolha desta perspectiva de pesquisa significa apenas uma determinação metódica, não uma restrição da análise no âmbito da jurisdição. A teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produção uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos). (...) No entanto, a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, teoria da jurisdição e do discurso jurídico. (Habermas, 1997, p.243-244-245)

Portanto, o autor conclui, que a teoria do Direito de forma diversa das teorias filosóficas, fixa-se nas divisas das ordens jurídicas concretas. Suas respostas são extraídas das leis, casos, fontes do Direito e doutrinas dogmáticas. Nesse senso, a teoria do Direito deve aceitar a ligação interna entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado.

Numa outra faceta, se aproximando da dogmática jurídica, a teoria do Direito, mesmo quando estabelece que todos os meios comunicativos conduzam a demandas judiciais, ou seja, ao processo, delimita apenas uma escolha metódica para o desenvolvimento da pesquisa, onde a análise continua tendo por base os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico em sentido mais amplo além das leis, e, nesse ponto, tal teoria se afasta da dogmática jurídica, em nome de um conhecimento totalizante considera inclusive no próprio meio de conhecimento a perspectiva do jurista especializado, sem que a opção metódica pelo processo judicial, venha a restringir a análise no âmbito da jurisdição.

Sendo assim o autor alemão afirma que a teoria do direito continua sendo em primeira linha, teoria da jurisdição e do discurso jurídico.

Habermas alerta que a tensão entre facticidade e validade indissociável do direito, se projeta na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões concretas, raciocínio este que inevitavelmente nos conduz ao problema da racionalidade da jurisdição:

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Discutirei inicialmente quatro interpretações exemplares do direito, que preveem diferentes soluções para o problema da racionalidade da jurisdição (Seção I). É bastante interessante a proposta de Ronald Dworkin, que projeta as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial no nível de uma reconstrução racional do direito vigente. Ele coloca sua teoria sob o enfoque de exigências ideais, as quais desencadearam uma viva discussão (Seção II). As objeções de F. Michelman contra o princípio solipsista de Dworkin abrem o caminho para uma teoria intersubjetivista do discurso jurídico. Entretanto, a tese defendida nesse contexto, segundo a qual o discurso jurídico tem que ser visto como um caso especial de aplicação do discurso moral, não faz jus à relação complexa entre justiça e legislação (...) (Habermas, 1997, p.245)

O autor inicia a partir desse tópico a análise, no plano de uma teoria da justiça diretamente normativa, que para ele se constitui no problema fundamental a ser resolvido por esta teoria. Nessa ótica, se torna fundamental a questão da facticidade e validade, já que esta relação de forças se projeta para a jurisdição.

A questão é relevante, já que toda a doutrina hermenêutica moderna se debate entre a consolidação da segurança jurídica através do direito vigente que implementa as expectativas de comportamento e os processos racionais da aplicação do direito como garantia da legitimidade dessas expectativas de comportamento aprovados pelo Estado Democrático de Direito.

Habermas ressalta que o problema está em como aplicar um direito absolutamente necessário de forma a manter a segurança jurídica e a exatidão, fundamentado racionalmente. Segundo esse autor, existem atualmente três possibilidades para o desenvolvimento da questão: (a) da hermenêutica jurídica; (b) do realismo; (c) do positivismo jurídico:

O da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. Quando se parte da ideia de que a opção do direito natural, que simplesmente subordinava o direito

vigente a padrões suprapositivos, não está mais aberta, oferecem-se três alternativas para o tratamento dessa questão central da teoria do direito, a saber: (a) a da hermenêutica jurídica; (b) a do realismo, (c) a do positivismo jurídico. (Habermas, 1997, p.247)

Com relação à Hermenêutica jurídica o autor reconhece que tal movimento teve valor quando recusou a interpretação tradicional nivelada a um silogismo, onde apenas adaptava o fato a norma:

A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a ideia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Um estado de coisas conforme a regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma "abrange" seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito. (Habermas, 1997, p.247)

Para esta corrente, existe um modelo processual de interpretação que se vale de uma pré-análise feita pelo juiz através dos tópicos de um contexto ético tradicional. Nesse entendimento os princípios históricos comprovados ou modelos de costumes ainda não positivados, podem garantir a legitimidade da decisão judicial:

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos topoi de um contexto tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos standards dos costumes que ainda não se coagularam em "normas", pelas "sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei". A hermenêutica, desdobrada em teoria do mantém a pretensão de legitimidade da judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial. (Habermas, 1997, p.247-248)

No entanto os limites da hermenêutica jurídica estão para Habermas, exatamente na forma em que tal corrente resolve o problema da racionalidade jurídica, pois a medida em que se apoia em valores comprovados e numa sociedade pluralista, é que de fato faz ruir o processo de racionalismo hermenêutico, pois as consequências de uma aplicação de um direito, influenciada por processos sociais, ideológicos, psicológicos, fatalmente conduzem ao ceticismo:

O recurso a um ethos dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como topos comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito. As teorias jurídicas realistas reagem a esse estado de coisas. Elas não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da pré-compreensão que comanda o processo de interpretação. Nos processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extrajurídicos, que podem ser explicados através de análises empíricas. Tais fatores externos explicam como os juizes preenchem o seu espaço de decisão; eles permitem também prever historicamente, psicológica ou sociologicamente, as decisões judiciais. As consequências céticas desse princípio são evidentes. Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juizes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico, a decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição "realista" do processo de aplicação do direito. (Habermas, 1997, p.248-249)

Por outro lado, também não satisfaz a posição do realismo jurídico da Escola do Direito Livre e da jurisprudência de interesses, que implicaria na visão exclusiva do caso concreto, não sendo importantes nem o passado e conseqüentemente nem a própria legislação, importando nesse processo hermenêutico somente a decisão do juiz, que implicaria em retirar do direito a função de garantia da expectativa de comportamento (segurança jurídica) e outorgar ao juiz a realização de um julgamento utilitarista centrado numa perspectiva meramente política:

Na visão do realismo legal, da Escola do direito livre e da jurisprudência de interesses, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os

processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico. As escolas realistas submeteram a representação idealista dos participantes do processo, segundo a qual todos (ou a maioria) dos casos podem ser decididos correta e consistentemente na base do direito vigente, a uma crítica dissuasiva, na perspectiva do observador. De outro lado, porém, a prática da decisão judicial não tem como operar sem suposições idealizadoras. A revocação não-dissimulada da garantia da segurança do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito. Os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito. (Habermas, 1997, p.249-250)

O positivismo, optou por não se obrigar a garantir a legitimidade da decisão jurídica, pois esta questão estaria afeta ao mundo metajurídico. Nesse sistema puro de direito, a preocupação está concentrada em garantir a função da estabilização de perspectivas. Habermas destaca a atuação de Kelsen e Hart, no sentido de como elaboram um sistema jurídico que se legitima a partir de suas próprias normas e que abre mão da racionalidade da decisão judicial em função de uma norma fundamental, uma regra básica que determina o que faz parte do direito vigente e o que não faz:

O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não-jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. Ora, uma regra básica, ou regra de conhecimento, de acordo com a qual pode ser decidido quais normas pertencem ou não ao direito vigente, permite subordinações precisas.

Quando pressupomos um sistema jurídico autônomo, que além disso se diferencia em regras primárias, determinadoras do comportamento, e secundárias, que reproduzem auto-referencialmente normas, a validade das prescrições jurídicas mede-se somente pela manutenção dos procedimentos juridicamente prescritos da normatização do direito. Essa legitimação através

da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra do conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume. Hart procura explicar isso utilizando-se do conceito "jogo de linguagem", de Wittgenstein. Do mesmo modo que a gramática de um jogo de linguagem, a regra do conhecimento está enraizada numa prática descrita a partir de fora como fato, a qual, porém, "é aceita" como auto-evidência cultural "e suposta como válida" pelos próprios participantes. (Habermas, 1997, 250-251)

O problema é que Kelsen não conseguiu apresentar um fundamento racional a esta norma que dá validade a todas as demais, o que faz com que a prática jurisdicional apesar de garantir a segurança jurídica, torne obscura a correção.

Dworkin, na análise da teoria dos direitos, concluiu que a mesma pode ser entendida como uma proposta de solução aos problemas das teorias hermenêuticas, realista e positivista, demonstrando através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisões judiciais pode garantir a segurança e aceitabilidade racional:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade — e como origem — das interpretações mais detalhadas que recomenda... Devemos dar continuidade à descrição que ali fizemos do que é a interpretação e de quando se pode afirmar que ela foi bem feita, mas com mais detalhes e com o espírito mais voltado para o desafio interpretativo especial que se coloca perante os juízes e as outras pessoas que devem dizer o que é o direito. (Dworkin, 2007, p.273)

Contra o realismo, a objeção dworkiniana consiste na máxima de que as decisões consistentes devem estar ligadas as regras, para que se obtenha um mínimo de segurança jurídica:

É importante notar, porém, que a legislação continua a exercer influência sobre a questão de quais direitos as partes têm, no modelo centrado nos direitos, mesmo quando direitos morais de fundo também exercem uma influência. Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos

direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras. (Dworkin, 2000, P.15)

Com relação ao positivismo, Habermas sustenta que é imprescindível a necessidade de decisões corretas que são legitimadas com base em princípios e não apenas formalmente, através de procedimentos:

O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não-jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. Ora, uma regra básica, ou regra de conhecimento, de acordo com a qual pode ser decidido quais normas pertencem ou não ao direito vigente, permite subordinações precisas. (Habermas, 1997, p.250)

No caso da hermenêutica que defende a pré-compreensão ainda que com base em princípios, não é admissível que o juiz se atenha a momentos históricos marcados pela ditadura, mesmo que esbocem facetas normativas; mas de modo inverso, esta forma de investigação o obriga a buscar a razão prática incrustada na história institucional do Direito:

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso

no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam. (Habermas, 1997, p.256)

Com relação à tese dworkiniana de que existem direitos concebidos deontologicamente, Habermas destaca que se o fundamento está numa razão prática absorvida pela história e que se mantém sempre presente, sua origem está na moral e a forma que assume é a de uma norma fundamental:

Além disso, Dworkin explica a insuficiência da concepção jurídica que está na base da tese da autonomia de Hart, servindo-se da distinção entre "regra" e "princípio". Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização - conforme é sugerido pela "ponderação dos bens" nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente "se", que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma do tipo "tudo ou nada". É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade. (Habermas, 1997, 258-259)

Nesse sentido, Habermas afirma que a norma fundamental de Dworkin também se aproxima do status de Direito Natural, embora sua fundamentação resida no fato de que todos os homens e mulheres são dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça:

A tese segundo a qual tais direitos "existem" conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um. A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça, de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ação subjetivas. No entanto, Dworkin objeta contra Rawls, que, no estado primordial, os dois somente podem unir-se em torno desse princípio, porque o direito fundamental à igual consideração e respeito já regula a admissão dos partidos ao estado primordial, portanto para as condições do acordo racional em geral. Em Dworkin, a norma fundamental goza do status - não fundamentado - de um "direito natural ... , que todos os homens e todas as mulheres possuem... simplesmente porque eles são seres humanos dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça". Se prescindirmos das conotações do direito natural, podemos tomar isso também como um esclarecimento do sentido deontológico de direitos fundamentais em geral. Esse sentido de validade comunicasse aos direitos "políticos" ou institucionalmente obrigatórios, proporcionando às pretensões jurídicas individuais um momento de incondicionalidade. Dworkin entende os direitos subjetivos como trunfos" num jogo, no qual indivíduos defendem suas pretensões justificadas contra abusos gerados por finalidades coletivas: "Da definição de um direito segue que ele não pode ser suplantado por qualquer fim social. Nós podemos estatuir, a título de simplicidade, que não caracterizamos nenhum alvo político como um direito, caso ele não tenha um determinado peso em relação a fins coletivos". Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um. (Habermas, 1997, p.252-253)

Habermas destaca também que, Dworkin observou que os direitos subjetivos, sobretudo os fundamentais, acabam por migrar para o âmbito dos direitos políticos ou institucionalmente obrigatórios os quais as vontades individuais não podem prescindir. Isto se constitui numa defesa contra abusos gerados por finalidades coletivas. A teoria dos direitos apoia-se também na ideia de que existem elementos da moral na própria jurisprudência, que são dessa forma incorporados ao direito positivo:

A teoria dworkiniana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da ideia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação — e das condições de equidade da formação do compromisso. Mesmo assim, ela necessita de um esclarecimento, uma vez que conteúdos morais, na medida em que são traduzidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado. (Habermas, 1997, 253-254)

Um raciocínio interessante sobre a moralização do direito, é que de fato se observa grande influência da moral no que é chamada de norma primária (homicídio) e até mesmo em princípios gerais do direito, como o caso da boa-fé, mais direcionado no âmbito do direito civil, no entanto existe grande número de normas desmoralizadas como as que regulam a política cambial, os impostos, transferência dos lucros. Nesse campo os fundamentos são a vantagem e a necessidade de consumo:

O significado jurídico de conteúdos morais e o campo de variação de seus pesos específicos emergem, de forma mais nítida, no âmbito de regras primárias que regulam o comportamento. Se adotarmos uma proposta de classificação de B. Peters e dividirmos essas regras não-procedimentais em mandamentos e proibições repressivas ou restitutivas, de um lado, e em "prêmios" e transferências, de outro lado, veremos que os conteúdos morais atingem um amplo espectro de variação. Eles podem diluir-se até um mínimo, que consiste na expectativa geral de que se obedeça às normas do direito, mesmo sem levar em conta o conteúdo da norma. Um indício para o peso relativo do conteúdo moral pode ser visto na força das reações dos membros do direito contra as infrações da lei - seja nas desaprovações e censuras informais dos membros do direito, seja nas sanções impostas pelos tribunais. A categorização das penas (que vão do crime até a simples oposição à ordem), bem como a divisão em suportes fáticos do direito penal e do direito civil (que fundamentam pretensões de indenização), podem ser entendidas como escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral. Os suportes fáticos elementares do direito penal, tais como assassinato, homicídio, lesão corporal, sequestro, roubo, etc. são tidos como moralmente reprováveis, ao passo que a condenação à restituição de um prejuízo causado normalmente implica na desaprovação da ação, porém não em desprezo pelo réu. (Habermas, 1997, p.254)

Continua Habermas sua análise, afirmando que para Dworkin, este não é o ponto fundamental, pois concentra a sua teoria na razão prática que deverá nortear a decisão judicial, ou seja, o fundamento mantém estreita a ligação com a moral, subentende-se que o juiz deverá ter capacidade moral para julgar, no mesmo nível dos seus conhecimentos técnicos:

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a

justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a topoi historicamente comprovados de um ethos transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade (a) e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado (b) ele desenvolve suas ideias metódicas acerca de uma interpretação construtiva (c). (Habermas, 1997, p.256-257)

Habermas afirma, que esse ponto de vista não significa romper com clássica divisão entre direito e moral, tal posição vai ser mantida enquanto durar os códigos de comunicação especializada de um e de outro e que Dworkin quer fixar é que de fato princípios morais se comunicam com o direito positivo e que alguns se transformam em princípios de direito historicamente instituídos e que dessa maneira constituem a razão prática que pode garantir a segurança e a racionalidade do julgamento.

A partir da análise de julgamentos do direito americano e anglo-saxão, Dworkin, analisa a fundamentação dos juízes, sobretudo nos chamados casos difíceis, onde as decisões que se basearam em princípios fundamentais do direito de fato atingiram o duplo grau de satisfação, tanto na garantia da segurança jurídica quanto na racionalidade do julgamento, pois à medida que se utiliza este recurso, a decisão se torna também politicamente correta na medida em que mostra que a decisão respeita ou garante um determinado direito de um indivíduo ou grupo:

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade — suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando

competem entre si. As questões de adequação também surgem nessa etapa da interpretação, pois mesmo quando uma interpretação sobrevive à exigência preliminar, qualquer inadequação irá voltar-se contra ela, como já assinalamos aqui, no equilíbrio geral das virtudes políticas. Diferentes juízes vão divergir sobre cada uma dessas questões e, conseqüentemente, adotarão pontos de vista diferentes sobre aquilo que realmente é, devidamente compreendido, o direito de sua comunidade.

Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção funcional bastante individualizada do direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para chegar a essas diferentes decisões e avaliações, e estas então serão, para ele, uma questão de sentimento ou instinto, e não de análise. Mesmo assim, enquanto críticos podemos impor uma estrutura a sua teoria funcional, ao isolar seu método empírico sobre a adequação — sobre a importância relativa da coerência com a retórica do passado e a opinião pública, por exemplo — e suas opiniões ou tendências sobre a justiça e a equidade. A maioria dos juízes será semelhante às outras pessoas de sua comunidade, e desse modo, para eles, a equidade e a justiça não entrarão frequentemente em processo de competição. Mas os juízes cujas opiniões políticas são mais excêntricas ou radicais vão achar que os dois ideais entram em conflito em alguns casos específicos, e terão de decidir qual solução desse conflito mostraria a comunidade em sua melhor luz. Conseqüentemente, suas concepções funcionais vão incluir princípios de uma ordem mais elevada que se mostraram necessários a essa decisão posterior. Um juiz em particular pode pensar ou pressupor, por exemplo, que as decisões políticas devem respeitar sobretudo a opinião da maioria, e ainda assim acreditar que essa exigência se torna menos rígida, e inclusive desaparece, quando estão em jogo sérios direitos constitucionais. (Dworkin, 1999, p.306-307)

Dworkin enfatiza que ao contrário do choque tipo tudo ou nada quando acontece o conflito de normas no sistema positivista que se o juiz utiliza dos princípios não terá a necessidade de anular a validade do princípio que terá supremacia sobre o outro, que apenas reconhece que para aquele caso o princípio adequado é outro. Dessa maneira se obtém um sistema jurídico aberto e com possibilidade de solucionar os conflitos de regras.

Na visão de Habermas, quando se aceita os princípios e as regras num mesmo plano do ordenamento jurídico, assim como a metodologia processual, está moldando as bases para uma teoria discursiva do direito:

Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas. Ainda teremos ocasião de apresentar exemplos. Paradigmas "fechados", que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas

próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminadas no interior de um paradigma jurídico fixo; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma compreensão procedimentalista do direito delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram uns aos outros e se comprovem na pluralidade de interpretações da situação. (Habermas, 1997, p.275-276)

Quando Dworkin apresenta uma hermenêutica construtivista de um direito composto por regras e princípios, principalmente para casos difíceis, uma tarefa bastante pesada, onde o juiz pelo próprio autor chamado de Hércules, quando na investigação do princípio jurídico historicamente constituído num primeiro momento, revisa criticamente os seus fundamentos e ao final acaba por reconstruir o seu conteúdo e conseqüentemente os seus objetivos:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. Mas, como vimos no final do capítulo VI, a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões. Não insiste em que um legislativo que hoje promulga um conjunto de regras sobre a indenização, para tornar mais rica a comunidade, comprometa-se de alguma maneira com esse mesmo objetivo político amanhã. Poderia, então, ter outros objetivos a alcançar, não necessariamente em lugar da riqueza, mas ao lado dela, e a integridade não desaprova essa diversidade. Nossa análise da interpretação, e a conseqüente eliminação da interpretação (3), entendida como um simples apelo à política, reflete uma discriminação já latente na própria ideia da integridade. (Dworkin, 1999, p.291)

Essas ideias desencadearam uma série de controvérsias, que vão desde a objeção que caracteriza esta tarefa como impossível até aquela dos realistas que vêm a soluções para os seus problemas metodológicos na teoria de Dworkin, mas o fato importante e irrevogável é que no direito vigente são encontrados indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.

Habermas deixa claro que o foco de sua objeção à teoria do direito ideal de Dworkin, é que este autor parte da premissa de que o juiz ao estilo do semideus grego

Hércules, fundamentado em sua integridade e num discurso monológico, seria capaz de promover a reconstrução racional do direito e dessa forma garantir as instituições e a organização política, de um Estado Constitucional:

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor - o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio monológico. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. (...) Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido de que a sua teoria lhe permite chegar à única decisão correta, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios: "The judge represents integrity - self-government - to the community, not of it..." (Habermas, 1997, p.276-277)

Para Habermas este processo se torna frágil justamente pelo isolamento do juiz, que a partir de um privilégio cognitivo que se baseia em si mesmo, em alguns momentos deverá sustentar uma interpretação que diverge de todas as outras.

Habermas lembra que Dworkin, entende o direito como meio de integração social, que permite libertar o juiz Hércules da solidão de uma Constituição hermenêutica monológica.

Nesse sentido o direito atua como um médium que possibilita a autocompreensão de uma comunidade solidária, que por obrigar relações de muita complexidade, exige um reconhecimento mútuo, que se concretiza no agir comunicativo.

A ampliação do mecanismo de reconhecimento do juiz através da reflexão do agir comunicativo permite que o intérprete possa absorver, através da prática de argumentação as perspectivas de todos os outros discursos ou linguagens não jurídicas, satisfazendo dessa forma as exigências de um direito ideal, baseado numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ao invés de fundamentar-se exclusivamente no ideal da personalidade de um juiz e pelo acesso privilegiado à

verdade. Nessa perspectiva o juiz singular pode realizar sua interpretação construtiva, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos:

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. Dworkin, imitando Parsons, entende o direito como meio da integração social, mais precisamente, como um medium que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma por demais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito: "I argued that a community of principles, which take integrity to be central to politics ... assimilates political obligations to the general class of associative obligations ... A general commitment to integrity expresses a concern by each for all ...". Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade. (Habermas, 1997, p.277-278)

Habermas acredita que, para dar sustentação a este tipo de interpretação, é necessário uma teoria da argumentação jurídica que leve em consideração os princípios de direito assimilados pela comunidade de intérpretes, mas que também possa correlacioná-los com o mundo de regras e procedimentos existentes nos subsistemas internos do direito.

Este processo pode ter garantia de verdade a medida que pela utilização da reflexão do agir comunicativo o juiz purifica os interesses subjetivos da comunidade de intérpretes e consolida um ideal de direito para todos os discursos e a partir dessa reconstrução pode atender o discurso de aplicação exigido pelo caso concreto sem se confundir pelas argumentações particulares das partes que se limitam aos próprios interesses.

Na mesma linha, está concentrada a crítica de Sanchis, pois pela chamada discricionariedade forte o juiz acabaria fazendo o papel de legislador:

Pois bem, o paradoxo reside em que, depois de defender um modelo de jurisprudência como o exposto, se recusa dar o passo seguinte, lógico e necessário, de revestir o juiz com os atributos do legislador, mesmo quando

fossem os de um legislador do caso concreto; pelo contrário, "se não podemos confiar no juramento do juiz... não existe garantia alguma"²⁶⁵ O juiz que nos descreve Kantorowicz recorda bastante à figura do juiz Hercules: estará familiarizado tanto com as concepções jurídicas dominantes no povo como com os resultados das ciências afins, também deve contar com uma sólida cultura econômica e mercantil, compreender as peculiaridades das profissões artísticas e inclusive estar em dia com todos os truques do criminoso profissional. Parece que, tanta sabedoria, unida ao juramento, tem como resultado sujeitos que "têm mais maturidade que a maioria dos membros de partidos que fazem o papel de legislador". (Sanchis, 2012, p.224)

Habermas sustenta que nessa ótica a coerção poderia ser aceita à medida que entendida como um discurso comunitário comprometido exclusivamente com a verdade, ou seja, pelas regras da razão o intérprete pode identificar as idealizações em dimensões temporal, social e material, podendo dessa forma identificar e participar de um acesso universal à argumentação.

O autor ressalta algumas dificuldades procedimentais que o intérprete encontra no momento da análise dos casos, dando ênfase em dois aspectos importantes: o primeiro consiste na análise da argumentação das partes que por vezes não está comprometida com a verdade e que se aproveitando dos ritos processuais apresentam provas específicas aos interesses representados; o segundo aspecto revela que devido a influência deste tipo de argumentação não comprometida exclusivamente com a verdade, porém legítima na via forense, pode comprometer a correção dos resultados obtidos pela teoria discursiva do direito.

Esses dois aspectos contribuem para formulação de críticas que sinalizam para um afastamento do direito em relação a moral.

No entanto, Habermas destaca que no universo forense é possível um autocontrole da liberdade de argumentação das partes com relação às teses apresentadas, que se traduz no próprio funcionamento das diversas instancias ou tribunais que se obrigam a uma revisão constante das decisões que institucionalmente devem ser aprofundadas, processo este que contribui para a proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular e também para a uniformização da aplicação do direito e seu aperfeiçoamento:

A autorreflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito: "A

finalidade dos meios jurídicos consiste inicialmente em conseguir decisões corretas e, por isso, justas, no interesse das partes, através da revisão das decisões promulgadas. A simples possibilidade da revisão obriga, além disso, os tribunais a uma fundamentação cuidadosa (...) (Habermas, 1997, p.294-295)

Independente desse processo revisional, típico do meio forense, pode-se concluir que para Habermas, quando se apoia em uma teoria procedimental, a legitimidade das normas ou a correção das decisões não é aferida somente pela sua relação com a moral, mas também pela racionalidade extraída do processo democrático da legislação política, presentes nas informações dos diversos seguimentos sociais, onde a metodologia processual aceita princípios e regras num mesmo plano e consolida as bases para uma teoria discursiva do direito.

1.4 ASPECTOS PROMOCIONAIS DO DIREITO NA PERSPECTIVA FUNCIONAL DE ARNAUD E DULCE, CANOTILHO, BOBBIO E HART

Segundo Arnaud e Dulce, sendo o direito aceito como um dos subsistemas que compõe o mundo social, é natural que na sua interação contextual que além do seu aspecto estrutural surgisse a indagação sobre qual o seu papel na sociedade? Que tipo de tarefas pretende executar? Para tanto, a expressão escolhida decorrente da terminologia típica do pensamento sistêmico foi o termo função. Criando-se dessa forma, uma distinção entre o aspecto formal e a análise de resultados:

(...) Em última instância, essas perguntas podem levar a um conhecimento mais profundo do que é, de fato, o direito, o conceito de direito entendido como um ponto de vista "funcional" e não apenas "estrutural". Ora, é preciso levar em consideração que a análise funcional do direito, ainda que ela corresponda a um método sociológico, também foi e tem sido sempre desenvolvida com fundamento num prisma teórico. Além disso, na base desses conceitos, a teoria pode adotar, para o estudo do direito, uma perspectiva "estrutural" ou — como é, sobretudo, o caso —, uma perspectiva "funcionalista". A análise funcional do direito é uma forma ou um método de conhecimento do direito. Ela consiste no estudo do direito e de suas instituições por meio de funções que eles cumprem ou deveriam cumprir com relação à sociedade. Esse tipo de análise foi, normalmente, um eixo principal da sociologia do direito, desenvolvida pelos filósofos do direito. (Arnaud e Dulce, 2000, p.138-139)

Nessa análise funcional, inicialmente foi proposto dois métodos de conhecimento. Um chamado de objetivo, onde predominava a perspectiva do corpo social equiparado a um organismo, onde as funções eram consideradas órgãos que contribuía para o corpo, mantendo uma base de equilíbrio capaz de suportar as demandas das variadas interações do sistema social. O outro método cognitivo, chamado de subjetivo, baseava-se na análise da ação realizada pelos indivíduos, decorrente da interação que determina seus objetivos diante da subjetividade do sistema:

a) Segundo o método epistemológico "objetivo", o conceito de "função" parte do paradigma biológico-organicista. Compara-se esse paradigma a um organismo vivo, a exemplo do corpo humano, para se explicar o funcionamento da sociedade. Assim como os diferentes órgãos, em que cada um cumpre funções indispensáveis à existência do todo, formam o corpo humano, o sistema social também é formado por diversos elementos (subsistemas, instituições etc.), que contribuem para o funcionamento e para

a manutenção global do sistema. Sob esse ângulo, pode-se definir o conceito de " função" como sendo a contribuição de uma parte (órgão) ao todo (organismo). Considera-se sistema social, portanto, como uma totalidade orgânica, composta de diversas partes (subsistemas e instituições), que contribuem para sua manutenção e para seu funcionamento. (...)

b) Segundo o método epistemológico " subjetivo", o conceito de " função" parte da categoria da ação dos indivíduos que participam das relações sociais e, assim fazendo, interagem num quadro comum preestabelecido: o sistema social. (...) E o próprio " ator social" que delimita que define, com seus objetivos, suas finalidades e seus projetos de ação social, as "funções" que cada um dos elementos do sistema irá executar. Daí a definição " operatória" do conceito de " função": "a tarefa, ou o conjunto de tarefas, compatíveis entre si, que podem ser atribuídas principalmente a esses elementos pelo sujeito que age por meio deles no sistema. (Arnaud e Dulce, 2000, p.140-141)

O primeiro método está mais vocacionado para o estudo do subsistema jurídico, enquanto que o segundo seria mais conexo ao funcionalismo, onde prepondera o interesse no conhecimento do sistema social em relação aos atores.

Para tanto, foram identificadas cinco funções sociais:

a) Controle social: nessa função, o direito constitui-se no instrumento mais importante para o controle social, sendo um vetor de equilíbrio entre ordem e paz social, principalmente como corretor do comportamento desviado. Por outro lado, outra característica dessa função é a de integração, já que propicia a socialização, onde os indivíduos recebem o conhecimento das regras comportamentais:

Desde sempre, os autores funcionalistas, Parsons e Bredemeier em particular, atribuíram ao direito a função de integração social. Isso implica a adoção do pressuposto inicial de toda teoria funcionalista, como o equilíbrio do sistema social (ordem e paz social). O direito contribui para se atingir esse equilíbrio, controlando, integrando ou arrefecendo os conflitos sociais e os desequilíbrios. O direito é, de acordo com Parsons, um dos subsistemas sociais a que se dá a função de integração social, assim como a tarefa de gerar e de exercer os meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema as regras de comportamento que devem ser seguidas. Na base dessas concepções funcionalistas, o direito se constitui no mais poderoso meio de controle social, o que significa ser o meio mais eficaz para integrar, para regular e para determinar o comportamento social. (Arnaud e Dulce, 2000, p.145)

b) Resolução de conflitos: embora num primeiro momento pelo método subjetivista, essa função foi caracterizada como uma atuação ineficiente do direito. Pois na perspectiva funcionalista, o conflito é permanente entre os indivíduos, restando ao direito somente um tratamento jurídico aos interesses colidentes, promovendo o controle do conflito e não como quer o funcionalismo a sua verdadeira

erradicação da sociedade. Entretanto, apesar dessa crítica, foi reconhecida a importância de formas alternativas que o próprio sistema jurídico proporcionou, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, que atuam sem a formalidade judicial:

(...) O direito, portanto, propõe normas para conter os conflitos; dito de outra maneira, ele não busca fazer, radicalmente, que o conflito desapareça, mas o faz seu e propõe um tratamento possível sempre o mantendo sob seu controle. Por exemplo, nas relações de trabalho, o direito canaliza o "conflito do trabalho" e assegura sua regulação de maneira particular; "conflito" em si, entretanto, não desaparece da estrutura social; o direito dele se apropria, no momento em que propõe um "tratamento" possível. O direito não constitui uma ordem de paz, mas vive do e no "conflito". Se os "conflitos sociais" desaparecessem totalmente, o direito de desapareceria também. (Arnaud e Dulce, 2000, p.150)

Do ponto de vista sociológico, enfim, deve-se ressaltar como surgiram, nas últimas décadas, instâncias ou sujeitos extrajudiciais que intervêm na resolução da interação conflituosa. Trata-se do que se chamam as formas "alternativas" de resolução de conflitos, isto é, sujeitos e órgãos que funcionam paralelamente aos órgãos e aos sujeitos que o direito formalmente designou para a resolução jurídica dos conflitos. Não se trata, unicamente, de instâncias "materiais" em oposição às instâncias, tradicionalmente formais, do direito. Este também pode acolher ou deixar formas de justiça "materiais", mas instâncias "alternativas" (extrajudiciais⁷⁵ e extrajudiciais) às que são expressamente designadas pelo sistema jurídico, e que podem aparentar ter as mesmas características "formais" que as instâncias estritamente jurídicas. Sociologicamente, e do ponto de vista de terceiros que intervêm na resolução de um conflito, pode-se fazer a seguinte classificação

— Mediador: é a pessoa que intervém a pedido das partes envolvidas numa relação conflituosa. Por exemplo, um psicólogo ou um advogado numa separação conjugal. A solução será sempre extrajudicial e não cria vínculo entre as partes. Se elas chegam a um acordo, porém, pode-se apelar para as instâncias judiciais, para jurisdicionar a decisão.

- Conciliador: numa interação conflituosa, o próprio sistema jurídico designa essa personagem, para conseguir um acordo, mas sua decisão jamais cria vínculo entre as partes. E o caso, por exemplo, dos assistentes sociais nomeados para a conciliação de conflitos familiares em alguns sistemas jurídicos.

— Arbitro: pessoa que intervém a pedido das partes, que a escolhem sozinhas. A particularidade dessa pessoa, em relação às precedentes, é que sua decisão cria vínculos entre as partes. O árbitro é, muitas vezes, chamado de "juiz privado" e sua intervenção é muito frequente nos conflitos do trabalho, tais como as greves "selvagens" e as convenções coletivas (arbitragem do trabalho), assim como nos conflitos em matéria de consumo.

— Juiz público: é a figura formalmente designada pelo sistema, para resolver conflitos e cuja decisão cria vínculo entre as partes e faz o conflito desaparecer juridicamente uma vez exauridos os recursos ante as instâncias judiciais competentes. (Arnaud e Dulce, 2000, p.151-152)

c) Regulação: também chamada de orientação social, tem sua atuação vinculada aos modelos jurídicos abstratos e universais, ou seja, por meio da legislação exerce uma função de regulação, tendo como efeito um direcionamento da população:

Essa função deriva, diretamente, do caráter persuasivo das normas jurídicas, cuja característica é influenciar, condicionar e persuadir os membros de um grupo social o qual eles orientam seu comportamento no sentido proposto pelos esquemas ou pelos modelos normativos do sistema jurídico. Ferrari define essa função como sendo a possibilidade de "dirigir uma multidão de pessoas relativamente independentes em direção à execução de um grande número de modelos relativamente coerentes e universais, isto é, capazes de sugerir decisões quanto a todo dilema de comportamento que possa se apresentar ao longo da interação social". Noutras palavras, por meio dessa função, o direito estrutura-se como instrumento de persuasão (...) (Arnaud e Dulce, 2000, p.152-153)

d) Legitimação do poder social: na perspectiva sistêmica também foi registrada essa capacidade, de legitimação do poder social, seja no âmbito de órgãos e autoridades, quanto do exercício da cidadania, por meio da tomada de decisões num mecanismo de distribuição de competências e roteiros procedimentais:

O direito também pode servir para legitimar as decisões daqueles que têm a capacidade e o poder de tomá-las. Esses autores buscam, precisamente, no direito, a justificação, a legitimidade, a aceitação e o consenso em torno dessas decisões. (...)

A função de legitimação do poder social, entretanto, pode ser interpretada de maneira mais abrangente, nesse sentido que toda pessoa tendo, num dado momento, uma capacidade de decisão (não apenas as autoridades e os órgãos jurisdicionais, mas também os indivíduos), pode apelar para o direito, a fim de, ali, buscar a aceitação, a legitimidade e o consenso para suas ações e para suas decisões. (Arnaud e Dulce, 2000, p.154)

e) Promoção: segundo Arnaud e Dulce, essa função atua por meio da motivação por recompensas ou pela partilha de bens e benefícios sociais esta função emergiu como instrumento jurídico principal utilizado pelo estado social como técnica de controle e direcionamento de condutas socialmente esperadas. Por meio da normatização de comportamentos, a orientação atua tanto desencorajando as ações indesejáveis, quanto encorajando aqueles comportamentos desejados. Por fim, trata-se de um eficiente mecanismo de controle social, pois enquanto constrói o equilíbrio entre o indesejável e o desejável favorece uma melhora no nível de igualdade material e de solidariedade no grupo social. Apesar do estado social continuar utilizando-se

dessa técnica jurídica para buscar a realização de seus fins, as técnicas repressivas do estado liberal ainda coexistem:

A função de promoção do direito está estritamente ligada à da regulação dos comportamentos; estes, com efeito, podem ser orientados e regulados de duas maneiras diferentes: seja reprimindo os comportamentos socialmente desejáveis e impedindo coercivamente sua prática, seja promovendo os comportamentos socialmente desejados, recendo sua realização. Na realidade, mais de que de uma função em si, estar-se-ia diante de uma técnica de regulação de comportamentos e de busca de objetivos. (...)

Dito de outro modo, o estado pode tanto reprimir quanto promover e encorajar condutas, sem que, por isso, seja necessário cair numa identificação simplista entre, por um lado, a função repressiva do direito e do estado liberal, e, por outro, a função de promoção do direito e do estado social. Além disso, pode-se constatar, atualmente, um novo fenômeno, que é a "crise" na qual o estado social entrou na última década. Esse fenômeno reforça, por sua vez, as teses assinaladas anteriormente: primeiro, que a dita "função de promoção" não é, na realidade, uma "nova" função do direito, mas, simplesmente, uma outra técnica por meio da qual também se regulam os comportamentos sociais, e, segundo, que não há uma ligação intrínseca entre o estado social e a função de promoção do direito. O fato de que, num dado momento, o estado se tenha estruturado como estado social acarretou o surgimento de novas técnicas jurídicas pelas quais o estado podia melhor satisfazer seus objetivos e seus fins sociais, mas isso não acarretou o surgimento de função diferente. Ainda que o estado social esteja em crise, continua-se a utilizar, além das técnicas de "encorajamento" ou de promoção, as técnicas "repressivas" tradicionais. (Arnaud e Dulce, 2000, p.156-157)

Nesse aspecto, para Canotilho, uma Constituição representa o resultado de compromissos assumidos em determinado momento histórico. Nesse sentido, se a Constituição for composta por programas que determinam a direção social, isto constitui-se numa visão promocional do direito, ou seja, funcional. Entretanto, dessa relação programas e força normativa, surge o desafio de garantir suporte material da ordem política social, mas também proteger a Constituição da supervalorização do momento constituinte que a definir, para afastar-se a ideia de Constituição não cumprida. Nesse momento é importante que a teoria da Constituição seja constitucionalmente adequada, por meio de dois paradigmas fundamentais:

(...) Daí que uma teoria da constituição constitucionalmente adequada deva, por um lado fornecer apoio para uma fundamentação material da ordem político-social, e, por outro, precaver-nos contra uma superacentuação voluntarista do momento constituinte expressa, por vezes, na tese 'da «constituição não cumprida». Uma teoria de constituição constitucionalmente adequada deve, por conseguinte, tornar transparentes dois problemas

fundamentais: (1) que as tarefas de conformação sócio-econômica pressupõem, em geral, um «consenso» sobre a «planificação de fins» obtido num «espaço pré-constitucional» e posteriormente vasado jurídico-constitucionalmente em tarefas e imposições constitucionais; (2) que as concretizações de fins e tarefas têm de ser efectuadas principalmente a nível político e legislativo. Eis por que a montante da constituição (momento constituinte) é crucial o problema do compromisso, e a jusante (concretização constitucional) assume papel relevante a actualização das normas pelas instâncias políticas e legislativas. (Canotilho, 2001, p.157)

a) as ações de adequação sócio-econômica devem refletir um acordo sobre a realização de fins, constituído no âmbito pré-constitucional e posteriormente ratificado na Constituição por meio de tarefas e determinações;

b) as realizações de fins e ações devem ocorrer prioritariamente no nível político e legislativo. Daí a importância do compromisso assumido no momento constituinte, que deve refletir na atualização normativa pelo legislativo, que servirá de autorização para o executivo atuar na concretização.

Dessa forma, é possível minimizar ações pontuais de concretude que comprometem a ação concretizadora administrada pelo Estado de forma contínua.

Essa mudança de função das normas constitucionais programáticas e a adoção de fins político-econômicos, traduz-se numa ação positiva para a própria legitimidade constitucional.

Sobre os fins legislativos, Canotilho sustenta que para uma discussão sobre hierarquia de valores torna-se mais eficiente discutir os resultados, meios e fins que a legislação constitucional está vinculada, como a questão da concretização de direitos fundamentais ou programas de fins econômico-sociais.

(...) a) é hoje um lugar-comum da doutrina constitucional afirmar a vinculação do legislador aos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade. Não obstante a proximidade e «mistura» do problema da proibição do excesso (ou melhor, de exigência do princípio da proporcionalidade) com a pragmática de ponderação, é indubitável que a exigência da análise da relação de meios e fins, pressuposta no princípio de proporcionalidade (em sentido amplo), põe em causa a tradicional liberdade de fins do legislador e suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes dentro dos limites expressos e implícitos das normas constitucionais. (Canotilho, 2001, p.198)

Nesse aspecto, a ponderação considera o problema das omissões legislativas ou do não cumprimento da Constituição uma lacuna significativa.

Verificando o aspecto teleológico do programa-fim, encontra-se o legislador vinculado em promover uma regulação concretizadora, por meio de leis de autorização, evitando que esta lacuna ou omissão tivesse que ser resolvida pelo judiciário de maneira pontual:

O modelo da ponderação de interesses, tal como é aqui entendido, renuncia à hierarquia dos valores para se centrar na discussão dos resultados; é um problema de necessidade e adequação de meios e fins. A racionalidade que assim se poderá obter não é, contudo, um elemento suficiente para tornar o modelo operacional e prático em muitos domínios da constituição dirigente: realização de direitos fundamentais, programação de fins económico-sociais, efectivação das directivas constitucionais. Por isso mesmo, em quase todas as obras sobre a ponderação de bens como modelo de optimização constitucional, o problema das omissões legislativas e do não-cumprimento da constituição se apresenta como lacuna significativa. A proporcionalidade, adequação e necessidade são princípios cujo contacto com a ponderação de bens revela que, em geral, o problema da vinculação do legislador é considerado como um problema do legislador coactivo, mas não como um problema do legislador propulsor ou promocional. É neste contexto que a concepção da lei como «programa de decisão» pode ter interesse. Nas leis que se apresentam como programas-fim (Zweckpogrammen), fixam-se certos efeitos que devem aparecer como resultados do acto legislativo. A ênfase metódica nos programas-fim permite a análise do tema de vinculação do legislador, tornando mais clara a dimensão teleológica. (Canotilho, 2001, p.200-201)

No que diz respeito à ciência jurídica, Bobbio afirma ser possível diferenciar dois modelos típicos da função do jurista, os quais interferem nas variadas concepções da ciência do direito.

O modelo de jurista conservador e transmissor de um conjunto de normas existentes, assumindo um papel de guardião. E o modelo de jurista criador de regras que transformam o sistema posto, deixando de ser apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico:

No que diz respeito à ciência jurídica, creio ser possível distinguir duas imagens típico-ideais da função do jurista, as quais influenciam os diversos modos de conceber a própria ciência jurídica: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e guardião; e o jurista como criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico. A atividade principal pela qual se executa a primeira função é a interpretação do direito; a atividade principal pela qual se exerce a segunda é a pesquisa do direito. (Bobbio, 2007, 37-38)

A primeira função tem como atividade principal a interpretação do direito e a segunda função caracteriza-se pela atividade primordial da pesquisa do direito.

Esses dois modelos de função são influenciados por diferentes variáveis. Na institucional, depende do tipo de sistema jurídico dentro do qual o jurista trabalha. Na social, depende situação social em que o jurista desenvolve o seu trabalho. Na cultural, depende da visão do direito e da sua relação com a sociedade onde a ideologia do jurista foi formada relativa a um momento histórico específico.

Na primeira variável, é relevante a diferenciação entre sistema fechado e sistema aberto. No fechado, o direito é constituído de um conjunto sistemático de normas que pretendem a completude. Nesse sistema, as fontes formais do direito são predeterminadas e rígidas. No aberto, a maioria das regras são consideradas em constante transformação. Nesse sistema, não está definido um limite rígido entre fontes materiais e fontes formais, sendo aquele em que o jurista contribui para criação de normas:

Sistema fechado ou aberto? Não há dúvida de que um dos aspectos mais interessantes da discussão em torno do direito, nesses unos, é o fato de terem sido questionadas as fontes tradicionais das normas jurídicas, inclusive nos países continentais. Esse questionamento é acompanhado da importância cada vez maior dada às chamadas fontes extralegislativas (ou, até mesmo, extra-estatais). Um dos dogmas do positivismo jurídico em sentido estrito foi que a fonte principal de direito no Estado moderno fosse a lei, isto é, a norma presumidamente geral e abstrata posta por um órgão específica e exclusivamente competente, de acordo com a constituição. Um dos aspectos pelo qual se manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei — em minha sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento. As áreas em que o fenômeno da produção jurídica extralegislativa se manifesta com maior evidência são precisamente aquelas que caracterizam a sociedade industrial, isto é, o direito da empresa e o direito do trabalho e sindical. De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um “direito social” contra o direito do Estado. (Bobbio, 2007, p.41)

Na segunda variável, distingue-se uma sociedade estável de uma em transformação. Na terceira variável, destaca-se a diferenciação da visão do direito como sistema autônomo em relação ao sistema social:

Igualmente, acerca da segunda alternativa — sociedade estável ou sociedade em transformação—, a resposta não pode ser dúvida. Mas talvez seja mais difícil apreender as tendências das transformações do direito, isto é, apreender quais são os reflexos das mudanças sociais sobre as mudanças jurídicas. Entre essas tendências, limito-me a indicar três que me parecem particularmente relevantes, e sobre as quais a discussão já foi aberta nos últimos tempos. A primeira é aquela para a qual chamou repetidamente a atenção o economista E. A. Hayek, que, para caracterizar a passagem do Estado liberal clássico para o Estado assistencial, recorreu à distinção entre normas de conduta e normas de organização, afirmando que essa passagem consistiu, do ponto de vista estrutural, em um progressivo aumento das normas de organização em relação às de conduta. Essa tese pode parecer nada mais que uma formulação diferente da tese bastante conhecida, e nada nova, da progressiva publicização do direito. Contudo, ainda que o próprio Hayek tenda a confundir uma com a outra, elas me parecem distintas, sendo a primeira a mais correta. O fenômeno da publicização do direito refere-se ao crescimento contínuo das funções do Estado se comparado ao Estado agnóstico ou neutro do século passado. O fenômeno do aumento das normas de organização refere-se à formação das grandes organizações tanto no âmbito do Estado quanto no da sociedade civil, isto é, às grandes concentrações de poder na sociedade moderna, das quais o Estado, no sentido específico e restrito da palavra, nada mais é que uma manifestação. A diferença entre normas de conduta e de organização indica não tanto uma diferença entre dois tipos de Estado, mas uma diferença entre duas funções distintas do direito: tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, fins individuais e tornar possível a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um fim comum. (Bobbio, 2007, p.43-44)

Esses dois modelos de função do jurista repercutem sobre o método que vai definir o objeto da ciência jurídica.

No primeiro modelo, o objeto traduz num conjunto de regras estabelecidas em período de tempo, sendo responsável pela sua aplicação o magistrado. Tais normas, são compreendidas como proposições, cujo significado é extraído com a maior precisão possível.

No segundo modelo, o direito não é um sistema estático, mas um corpo de normas em movimento contínuo. Nesse sentido, o objeto dessa ciência, além das regras deve ser composto pela sua respectiva valoração dos fatos sociais que lhe deram origem.

Naturalmente, os juristas da atualidade são questionados sobre a pertinência de um sistema fechado ou aberto em resposta para as demandas sociais emergentes, cada vez mais desafiadoras.

O dogma do positivismo jurídico, em que a lei é a principal fonte do direito, atendeu as expectativas do estado moderno. Entretanto, para sustentar a mudança

jurídica relativa a transição do estado liberal clássico para o assistencial, tem mais utilidade o perfil do segundo modelo de função:

Para representar, do ponto de vista da mudança jurídica, a passagem do Estado liberal clássico para o Estado assistencial, parece mais útil a individualização da segunda tendência (e, como veremos daqui a pouco, também da terceira). Trata-se, desta vez, da passagem de um controle social fundado predominantemente sobre normas providas de sanção (“se fazes, ou não fazes, x, imputar-se-á a ti a consequência y”) para o controle social confiado, na maioria das vezes, a normas técnicas, cuja força deriva da relação meio-fim, isto é, do fato de que praticar ou não praticar certas ações não permite atingir o fim desejado ou imposto. Podemos apontar duas espécies dessas normas técnicas, conforme a norma preveja um determinado meio como necessário para atingir um fim (ou normas instrumentais) ou, então, indique o fim a ser atingido pelo meio mais adequado (normas finais ou, mais simplesmente, diretivas). (...) (Bobbio, 2007, p.44)

Pois, nesse caso um comando social fundado predominantemente em um sistema proibição-punição é insuficiente como forma de controle, sendo mais eficiente o modelo que também utiliza normas técnicas, que encorajem ou desencorajem comportamentos desejados ou indesejados (sistema promocional).

Nesse sentido, Arnaud e Dulce, destacam que o modo de controle social atual não é necessariamente sempre repressivo, pois a ação de prevenção e promoção é ainda mais importante para superar a perspectiva clássica de controle em favor da realização de uma integração social:

Em síntese, qualquer que seja a posição adotada para explicar a origem dos atos de desvio, é certo que o direito, ao ser considerado como um mecanismo de controle social e, conseqüentemente, também de manutenção da ordem e da coesão social. O modo, porém, de exercer o controle social hoje mudou e, em consequência disso, como se voltará a mencionar, a função de integração e de controle social do direito está em crise, ao menos tal qual foi caracterizada com base nas concepções do funcionalismo objetivista. O controle social que exerce o direito não deve sempre, nem necessariamente, ser repressivo, isto é, coercitivo e a *posteriori*; ele deve até mesmo prevenir e promover. Ademais, pôr excessivo realce na função integradora e na de controle social do direito, tal como se entendia o funcionalismo clássico, leva a ressaltar unilateralmente a tarefa do direito na atividade jurisdicional, e abandona-se o papel da legislação. (Arnaud e Dulce, 2000, p148)

Segundo Arnaud e Dulce, para análise funcional do direito, tornou-se significativo a identificação da função de integração social. Trata-se de paradigma necessário para toda teoria funcionalista, que tem como objetivo a harmonia do

sistema social (ordem e paz social). O direito coopera para que a sociedade consiga absorver os conflitos:

(...) isso significa dizer que o direito identifica, organiza e resolve os conflitos que poderiam perturbar o equilíbrio e a ordem social em torno de um determinado número de valores básicos, então o direito tem como missão restabelecer a paz social e o equilíbrio, quando os conflitos de interesse os perturbam. Isso implicaria que o conflito é sempre produzido sob o controle do sistema jurídico. (Arnaud e Dulce, 2000, p.149)

Para Bobbio, em qualquer teoria social estão presentes dois lados: a sociedade como totalidade, e os indivíduos, que são partes componentes dessa totalidade, interagem entre si e com o todo. Para os antropólogos, a função do direito é tornar possível a satisfação de algumas necessidades fundamentais do homem, como a nutrição, o sexo e outras necessidades de ordem cultural e assim por diante, nas sociedades mais evoluídas, coloca-se do ponto de vista do indivíduo e observa-se outro problema determinado, que é o da função do direito em relação aos indivíduos singularmente considerados (universalismo-individualismo):

A primeira dificuldade sobre a qual pretendo me deter deriva do fato de que, quando nos interrogamos sobre a função do direito, a resposta, como foi ressaltado, é diferente, de acordo com a resposta que se dá à pergunta: "Função em relação a quê?", em qualquer teoria social estão presentes dois pólos: a) a sociedade como totalidade, não importa se esta totalidade é considerada um organismo, em analogia mais ou menos estreita com o organismo biológico, ou, então, um sistema em equilíbrio (de resto, os dois modelos, o do organismo e o do sistema, não são, de modo algum, incompatíveis, e, com frequência, um é utilizado para interpretar o outro); b) os indivíduos, que são partes componentes dessa totalidade, interagem entre si e com o todo. Quem se põe o problema da função do direito, faz referência a qual dos dois pólos? Provavelmente, em relação a ambos, o que é perfeitamente lícito. O que não é lícito e cria confusão é que os dois problemas não sejam claramente diferenciados... Se eu digo, como dizem geralmente os antropólogos, que a função do direito é tornar possível a satisfação de algumas necessidades fundamentais do homem, como a nutrição, o sexo e outras necessidades de ordem cultural e assim por diante, nas sociedades mais evoluídas, coloco-me do ponto de vista do indivíduo e me ponho um outro problema determinado, que é o da função do direito em relação aos indivíduos singularmente considerados. (Bobbio, 2007, p.103-104)

Nesse caso, o direito pode ser olhado tanto a partir do Estado quanto a partir do povo, pois a função social do direito é importante para os dirigentes enquanto

instrumento da sua gestão. E a função individual do direito é relevante para população que o enxerga como instrumento de proteção, garantia e de libertação. Dessa forma, identifica-se que a primeira função do direito é a realização de seus fins.

A função de segurança e a de solução de conflitos, atualmente, estão operacionalmente inseridas uma na outra, já que o direito quando garante a segurança social, acaba também por solucionar conflitos, materializando dessa forma a segunda função do direito. Como terceira função, está a organização do poder, porém igualmente conectada teleologicamente às duas anteriores.

A solução dos conflitos, que é um meio em relação ao fim da segurança, torna-se um resultado quando se relaciona com a organização do poder.

Destaca Bobbio que nada impede a afirmação de que a função primordial do direito é realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança social:

Quem, por exemplo, coloca no seu próprio elenco de funções do direito a segurança (ou a ordem social), a solução de conflitos de interesse ou a organização do poder político, põe no mesmo plano funções que, na realidade, localizam-se em níveis distintos e que provavelmente poderiam ser, para maior clareza, encadeadas uma à outra. Mais especificamente, a função de segurança e a de solução de conflitos não estão uma ao lado da outra, mas estão, se posso me expressar desta forma, uma dentro da outra, já que, com certeza, uma das maneiras pelas quais o direito exerce a função de garantir a segurança social é também um modo eficaz de solucionar os conflitos — talvez o mais eficaz, em última instância. Não diversamente se apresenta o problema da relação entre essas duas funções e a terceira, relativa à organização do poder. Garantia da segurança social, solução dos conflitos e organização do poder, são três tarefas teleologicamente coligadas, tanto que a solução dos conflitos, que é um meio em relação ao fim da segurança, torna-se um resultado quando a relacionamos com a organização do poder e, portanto, passa a ser possível estabelecer uma concatenação deste tipo: a organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social. Para dar um outro exemplo, nada impede que se afirme que a (verdadeira) função do direito, isto é, a função que permite diferenciar ontologicamente o direito, é realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança social. (Bobbio, 2007, p.106-107)

Entretanto, além da perspectiva do sociólogo e do antropólogo, é necessário analisar a visão do filósofo. Nessa ótica, o grupo de comandos que o direito utiliza para gerir a distribuição dos recursos, foi chamada de função distributiva:

Todavia, essa definição não impede, aliás, implica, em um certo sentido, que também sejam funções do direito — ainda que intermediárias, e, para quem busca a “verdadeira” função, não específicas todas aquelas outras operações

que, com frequência, são enumeradas como funções por sociólogos e antropólogos. Talvez se possa afirmar que, além do ponto de vista do sociólogo e do antropólogo, é preciso levar em consideração também o ponto de vista do filósofo. Prestemos atenção à função que foi denominada distributiva, isto é, a série de operações por meio das quais o direito persegue o objetivo de distribuir os recursos. Nada impede que, diante da apresentação dessa função, façamos uma outra pergunta: “Qual é a função da repartição dos recursos?”. É provável que a resposta tenha o seguinte teor: “A realização da justiça social”. Como se percebe, ver o direito em função da justiça não exclui, em absoluto, vê-lo em função das operações que podem ser consideradas os instrumentos mais idôneos para atingir o resultado final. Talvez o filósofo, em busca da função última, corra o risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser. (Bobbio, 2007, p.107)

O objetivo dessa partilha de recursos, pode ser definido como a concretização da justiça social. Ou seja, enxergar o direito em função da justiça, permite que essas operações sejam consideradas instrumentos legais para obtenção de um resultado esperado.

A expressão função, apesar de ampla, nesse ponto coincide com a amplitude que a forma genérica da palavra direito é utilizada.

Essa ambiguidade do termo direito foi sendo superada pela análise funcional que identificou, na atualidade, funções repressiva, promocional, conservadora e até inovadora. Quando analisado o direito, em relação a função repressiva-promocional, observa-se o meio pelo qual o direito opera. Quando a função do direito analisada for a conservadora-inovadora, as normas são consideradas uma a uma, enquanto prescrevem ou permitem, segundo sua eficácia:

(...) A análise funcional, de fato, foi se concentrando, sobretudo, em torno dessas duas ordens de questões: se o direito tem uma função repressiva ou também distributiva, promocional, etc.; se o direito tem uma função de conservação (ou de estabilização) ou também de inovação (falou-se inclusive de “função revolucionária” do direito), e dentro de quais limites. As duas questões são diferentes, mesmo que se possa ver um certo vínculo entre função repressiva e conservadora, de um lado, e função promocional e inovadora, de outro. Trata-se, contudo, de um vínculo muito hábil, porque é possível usar o instrumento do direito para reprimir a mudança, mas também para promover a conservação; ou para promover a mudança, mas também para reprimir a conservação. São diferentes porque a primeira diz respeito aos remédios empregados pelo direito para exercer a sua função primária (mas não exclusiva), que é condicionar o comportamento dos membros de um determinado grupo social; a segunda diz respeito aos resultados obtidos em relação à sociedade considerada em seu todo. Entretanto, parecem diferentes apenas a quem se der conta de que o direito do qual se fala a propósito do primeiro par não é o direito do qual se fala a propósito do

segundo. No primeiro, o direito é considerado um certo tipo de instrumento para o condicionamento dos comportamentos; no segundo, é considerado com referência aos comportamentos que consegue condicionar pelos meios de que dispõe. Em outras palavras, o efeito repressivo ou promocional do direito depende do direito entendido como meio de condicionamento dos comportamentos; o efeito conservador ou inovador depende do direito entendido como regra ou conjunto de regras que têm por objeto um determinado comportamento, cuja realização ou não-realização influi em uma dada direção, que pode ser tanto a da conservação quanto a da inovação, sobre a configuração da sociedade em seu todo.

Quem se coloca o problema da função do direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem se coloca o problema em termos de função conservadora ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como a sua eficácia. Uma expressão como “função revolucionária do direito” não tem qualquer sentido se o termo “direito” for entendido como meio de coação (porque, com este meio, aqueles que detêm o poder podem revolucionar o estado de coisas existente tanto quanto podem deixá-lo tal como está). Adquire sentido apenas se se pretende falar das mudanças sociais que, conforme aquele meio, podem ser produzidas, e, portanto, dos conteúdos políticos, econômicos, sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Para julgar se o direito tem função repressiva ou promocional basta levar em consideração o remédio; para julgar se tem função de conservação ou de inovação, é necessário considerar as providências concretas que, por meio daqueles remédios, são impostas ou solicitadas. Isto permite concluir que o problema da função do direito abre caminho para duas respostas diferentes: conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam do uso de um certo meio de coação e de promoção social a que damos, por comum consenso, o nome de direito ou, então, conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados, etc. ou, de modo mais geral, dos institutos sociais que, sendo regulados por normas jurídicas, denominamos, igualmente por comum consenso, o “direito” de um determinado grupo social. (Bobbio, 2007, p. 108-109-110)

Com relação a função do direito, diante da dicotomia público e privado, na análise funcional, tal diferenciação acompanha as transformações da atualidade, onde o procedimento conforme se desenvolve em determinado sistema jurídico, é mais revelador dessas características do que propriamente um conceito formal.

Nesse sentido, Bobbio recorre à distinção entre normas de conduta e normas de organização, e àquela formulada por Hart, entre normas primárias e normas secundárias. O critério discriminante de ambas as diferenciações é predominantemente funcional:

Além disso, há outras distinções entre vários tipos de normas já incorporadas pelo uso da teoria geral, que devem seu nascimento, ainda que

inconscientemente, à análise funcional, e, portanto, uma análise funcional não deveria ser negligenciada. Refiro-me à distinção entre normas de conduta e normas de organização, e àquela formulada por Hart, entre normas primárias e normas secundárias. O critério discriminante de ambas as diferenciações é predominantemente funcional. Com isso, quero dizer que os autores que dele se servem recorrem às funções a que estão respectivamente destinados os vários tipos de normas para caracterizá-los, e não a outros elementos, como a estrutura ou o conteúdo. Com efeito, segundo a doutrina corrente, a função das normas de conduta é tornar possível a convivência dos indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, fins individuais, ao passo que a função das normas de organização é tornar possível a cooperação de indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, segundo seu próprio papel específico, um fim comum. (Bobbio, 2007, p.111)

De fato, Hart quando analisa as sociedades primitivas destaca três defeitos, o primeiro diz respeito a dificuldade para se diferenciar uma obrigação ou um dever, pois trata-se de regras não oficiais:

Mais importantes para o nosso presente propósito são as considerações que se seguem. É evidente que só uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças e fixada num ambiente estável poderia viver com êxito em tal regime de regras não oficiais. Em quaisquer outras circunstâncias, uma tão simples forma de controlo social deverá revelar-se deficiente e exigirá um complemento de diferentes modos. Em primeiro lugar, as regras segundo as quais o grupo vive não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos. Nesta medida, as regras assemelhar-se-ão às nossas próprias regras de etiqueta. Daí que, se surgirem dúvidas acerca de quais são as regras ou acerca do preciso âmbito de certa regra dada, não haja um processo para resolver esta dúvida, quer por referência a um texto dotado de autoridade, quer a um funcionário cujas declarações sejam neste ponto dotadas de autoridade. Porque evidentemente tal processo e o reconhecimento, quer do texto, quer das pessoas dotadas de autoridade, envolve a existência de regras de um tipo diferente das regras de obrigação ou dever, que são ex hypothesi tudo o que o grupo tem. Este defeito na estrutura social simples das regras primárias pode ser designado como a sua incerteza. (Hart, 2007, p.102)

O segundo defeito refere-se à situação estática das regras, pois seu processo de alteração é lento, assim como o crescimento das pequenas comunidades arcaicas, portanto trazendo dificuldades para qualquer inovação:

Um segundo defeito é o carácter estático das regras. O único modo de alteração das regras conhecido de tal sociedade será o processo lento de crescimento, através do qual os tipos de conduta primitivamente pensados como facultativos se tornaram primeiramente habituais ou usuais e, depois,

obrigatórios e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos. Não haverá em tal sociedade um meio de adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias em mutação, quer através da eliminação das regras antigas ou da introdução de regras novas: porque, de novo, a possibilidade de fazer isto pressupõe a existência de regras de um tipo diferente das regras primárias de obrigação pelas quais a sociedade exclusivamente vive. Num caso extremo, as regras podem ser estáticas num sentido mais drástico. Isto, embora talvez nunca ocorra plenamente em qualquer comunidade existente, merece ser considerado, porque o remédio para tal é algo muito característico do direito. Neste caso extremo, não só não haveria forma de mudar deliberadamente as regras gerais, mas as obrigações que surgem a partir das regras em casos particulares não podiam ser diversificadas ou modificadas pela escolha deliberada de qualquer indivíduo. Cada indivíduo teria simplesmente obrigações ou deveres fixos de fazer ou de abster-se de fazer certas coisas. Podia na verdade dar-se muito frequentemente o caso de que outros beneficiassem do cumprimento destas obrigações; contudo, se houvesse só regras de obrigação, estas não teriam poder para eximir do cumprimento as pessoas vinculadas ou para transferir para outros os benefícios que adviriam do cumprimento. Porque tais actos de liberação ou de transferência criam alterações nas posições iniciais dos indivíduos sujeitos às regras primárias de obrigação e, para que estes actos sejam possíveis, devem existir regras de uma espécie diferente das regras primárias. (Hart, 2007, p.102-103)

O terceiro defeito, decorre justamente das dificuldades apontadas nos defeitos anteriores, pois não existirá eficácia social quando a comunidade não consegue reconhecer a regra de obrigação ou está impossibilitada de promover qualquer mudança legal:

O terceiro defeito desta forma simples de vida social é a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras. As disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuarão interminavelmente em qualquer sociedade, excepto nas mais pequenas, se não houver uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o facto da violação. A falta de tais determinações de forma definitiva e dotadas de autoridade deve distinguir-se de um ou outro ponto fraco associado com eia. Trata-se do facto de que os castigos pela violação das regras e outras formas de pressão social implicando esforço físico ou o uso da força não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados aos indivíduos ofendidos ou ao grupo em geral. É óbvio que a perda de tempo acarretada pelos esforços não organizados do grupo para prender e punir os violadores e as vinganças latentes que podem resultar da auto-defesa, na ausência de um monopólio oficial das «sanções», podem ser sérias. A história do direito, todavia, sugere insistentemente que a falta de instâncias oficiais para determinar com autoridade o facto da violação das regras constitui um defeito muito mais grave; porque muitas sociedades remediaram este defeito muito antes do outro. (Hart, 2007, p.103)

A solução para esses problemas na sociedade atual foi elaborar uma estrutura social com característica sistêmica onde se pudesse identificar com clareza as regras primárias de obrigação e também produzir sua complementação quando necessária por meio de regras secundárias, que embora de espécie diferente respeitam o comando geral das regras primárias quando estabelecem os modos de ações que os indivíduos podem concretizar as regras primárias.

O remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie. A introdução de um correctivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. Consideraremos sucessivamente cada um destes remédios e mostraremos por que razão o direito pode ser caracterizado de modo mais esclarecedor como uma união de regras primárias de obrigação com tais regras secundárias. Contudo, antes de fazermos isto, devem notar-se os seguintes pontos de ordem geral: embora os remédios consistam na introdução de regras que são certamente diferentes umas das outras, assim como das regras primárias de obrigação a que servem de complemento, têm aspectos importantes em comum e estão ligadas de vários modos. Por isso, pode dizer-se de todas elas que estão num plano diferente das regras primárias, porque são todas relativas a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas bem como o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável. (Hart, 2007, p.103-104)

Esse mecanismo, Hart denominou de regra de conhecimento, que por meio da aceitação da superioridade das regras primárias, estabelece que as secundárias devem se incorporar mediante uma referência à legislação em vigor. Daí a premissa da validade jurídica, no âmbito do sistema:

A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma regra de reconhecimento". Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas. Pode, como no direito primitivo de muitas sociedades, não ser

mais do que o facto de se encontrar numa lista ou texto das regras, dotados de autoridade, num documento escrito, ou gravados em qualquer monumento público. Sem dúvida e enquanto questão de natureza histórica, esta passagem do pré-jurídico para o jurídico pode ser executada por estádios distintos dos quais o primeiro é a pura e simples redução a escrito das regras até então não escritas. Este não é em si o passo crucial, embora seja muito importante: o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação. Num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são, claro, mais complexas; em vez de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Tal pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais. Além disso, quando mais do que uma de tais características gerais são tratadas como critérios de identificação, pode decidir-se o conflito possível entre elas através da ordenação das mesmas por um critério de superioridade, tal como a subordinação comum do costume ou do precedente à lei, sendo a última uma «fonte superior» do direito. Tal complexidade pode fazer que as regras de reconhecimento num moderno sistema jurídico pareçam muito diferentes da aceitação simples de um texto dotado de autoridade: contudo, mesmo nesta forma mais simples, tal regra traz consigo muitos elementos distintivos do direito. Ao conferir uma marca dotada de autoridade, introduz, embora numa forma embrionária, a ideia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas. Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica. (Hart, 2007, p.104-105)

Em Bobbio, para analisar o tema, foi escolhido um dos seus fundamentos mais importantes que são as teorias que apresentam o direito com base em sua função protetora e sua função repressiva:

Tomando essa observação como ponto de partida, proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes — e ainda pouco estudado na própria sede da teoria geral do direito — das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente do ponto de vista da sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função repressiva. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos. (Bobbio, 2007, p.02)

O direito atua com função de proteção relativa aos atos lícitos (permitidos ou obrigatórios) na medida em que reprime os atos ilícitos.

O surgimento do direito como conjunto de normas negativas assinalava a passagem do estado de natureza para o estado civil, isto é, de um estado continuamente ameaçado pela guerra universal para um estado de paz. A finalidade do direito, era evitar o mal maior para a humanidade “a guerra” e garantir o bem menor a paz:

Como se sabe, Thomasius considerou o direito como um conjunto de normas negativas que, afinal, se resumiam substancialmente no preceito *neminem laedere*, a fim de oferecer um critério simples e claro que servisse para distinguir as normas jurídicas de outras normas, como as da moral individual e as da moral social. (Bobbio: 2007, p.03)

Quando o Estado assume a função de guardião da ordem pública, o direito manifesta-se no âmbito do ao direito penal, tendo como característica uma estrutura de normas negativas.

Na linguagem comum é impactante a diferença entre comandos e proibições e a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As ferramentas de motivação do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Ou seja, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer:

Por mais que a teoria do direito como ordenamento repressivo esteja estreitamente ligada à teoria que acabamos de examinar (nos velhos manuais, Thomasius é considerado, ainda que de modo equivocado, o iniciador da teoria do direito como coação), convém não confundir, do ponto de vista analítico, a distinção entre normas positivas e normas negativas com a distinção entre sanções positivas e sanções negativas. Com termos de uso mais comum, uma coisa é a distinção entre comandos e proibições, outra coisa é a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial

contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.

Apesar de as duas distinções — entre comandos e proibições, e entre prêmios e castigos — não se sobrepossem, os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições. Existe a tendência de premiar ou punir uma ação mais do que uma omissão — mas uma ação ou é o comportamento conforme a um comando, ou é o comportamento não-conforme a uma proibição. Em outras palavras, é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão — mas, então, aquilo que é premiado é um comportamento previsto por uma norma positiva. É mais fácil punir uma ação do que uma omissão — mas, então, aquilo que se pune é um comportamento contrário a uma proibição. Se quisermos uma prova do contrário, considere-se uma omissão — esta pode ser tanto um comportamento de acordo com uma proibição quanto um comportamento contrário a um comando. No primeiro aspecto, é um comportamento que se prolonga no tempo e está destinado a não suscitar uma reação positiva determinada; no segundo aspecto, induz mais a uma reparação do que a um castigo. (Bobbio: 2007, P.06-07)

Portanto, é mais fácil recompensar uma ação do que uma omissão, mas, então, aquilo que é premiado é um comportamento previsto por uma norma positiva. Entretanto é mais fácil punir uma ação do que uma omissão, quando o comportamento contrário a uma proibição.

Segundo Bobbio, Jhering reconhecia a relevância da recompensa, quando destacou sua eficácia no âmbito do comércio privado, a qual abarca tanto as relações de troca quanto as relações associativas:

No que se refere à sociedade de seu tempo, Jhering, embora reconheça a importância da recompensa, circunscreve sua eficácia à esfera das relações do comércio privado, a qual compreende tanto as relações de troca quanto as relações associativas. Desse modo, a esfera da atividade econômica diferencia-se claramente da esfera da atividade política, e o critério de distinção torna-se o emprego diverso das duas alavancas fundamentais do movimento social. A alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa; a que move a sociedade política é a pena. Com a distinção entre uma esfera de aplicação predominante das recompensas e uma de aplicação predominante das penas, Jhering reproduzia a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado, a qual espelha a cisão entre a esfera dos interesses econômicos e a dos interesses políticos, e entre a condição do burguês e a do cidadão, característica da incipiente sociedade industrial. Também a concepção repressiva do direito, como outrora a concepção protetora, é um modelo teórico que permite representar, com particular precisão, um determinado tipo histórico de sociedade, aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída, ou se deseja que esteja cada vez mais subtraída, à intervenção do poder político. (Bobbio, 2007, p.09-10)

Nesse caso, o âmbito da atividade econômica é diverso do campo da atividade política, sendo necessária a utilização diferenciada das duas alavancas fundamentais do movimento social. A que move a sociedade econômica é a recompensa e a que motiva a sociedade política é a pena.

Dessa forma, verificou-se que ocorreu o processo inverso, a intervenção do poder estatal no campo dos interesses econômicos foi aumentando em vez de diminuir, tornando as perspectivas clássicas do direito (proteção/punição) inapropriadas, afetando o equilíbrio conceitual, pois o objeto superou os limites do controle da experiência.

Atualmente, os estados utilizam-se com frequência o uso das técnicas de encorajamento. Admitindo-se a utilização dessa ferramenta, torna-se impositivo abandonar a perspectiva clássica do direito como ordenamento protetor-repressivo. Agregando-se um novo elemento à do ordenamento jurídico, assim encarregado de uma função promocional:

A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional.

Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover. Segundo a constituição italiana, a República “promove as condições que tornam efetivo” o direito ao trabalho (art. 4º, parágrafo 1º); “promove as autonomias locais” (art. 5º); “promove o desenvolvimento da cultura” (art. 90, parágrafo 10); “promove e favorece os acordos e as organizações internacionais voltados a afirmar e regular os direitos do trabalho” (art. 35, parágrafo 30); “promove e favorece a ampliação” da cooperação (art. 45, parágrafo 1º). Além disso, “facilita, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família” (art. 31, parágrafo 1º); “dispõe de medidas em favor das zonas de montanha” (art. 44, parágrafo 2º); “encoraja e tutela a poupança” (art. 47, parágrafo 1º); “favorece o acesso da poupança popular à propriedade, etc.” (art. 47, parágrafo 2º). A contraposição entre o velho e o novo modelo constitucional emerge do confronto entre o art. 2º, no qual está dito que a “República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, e o art. 3º, no qual está dito que “é tarefa da República remover os obstáculos, etc.” isto é, entre a afirmação de uma tarefa meramente protetora, que se realiza quase

sempre mediante a técnica das medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase sempre por medidas positivas. Os nossos estudiosos do direito constitucional há muito ressaltaram a contraposição entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de incentivo... (Bobbio: 2007, p.13-14)

Bobbio demonstra que a contraposição entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de incentivo, utilizadas com frequência, são consideradas técnicas de encorajamento.

Perante o ordenamento jurídico, as ações humanas distinguem-se em atos conformes e atos desviantes. Em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, já quanto aos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuir-lhes consequências:

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas consequências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar — não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico — os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogorárias).

Ao contrário, a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera — atribuindo-lhes determinadas consequências — os atos desviantes por excesso, isto é, OS atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo — mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas — para um controle ativo — preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes. (Bobbio, 2007, p.14-15)

Sendo caracterizada essa transição de um controle passivo mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas, para um controle ativo preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

Em síntese, é possível diferenciar um sistema protetivo-repressivo de um promocional, destacando que o primeiro projeta-se sobre os comportamentos socialmente não desejados, com a finalidade de impedir o máximo possível a sua prática; e o segundo, ocupa-se primordialmente dos comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim promover a realização destes entre todos:

Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa: (Bobbio, 2007, p.15)

O sistema repressivo ao impedir uma ação não desejada realiza operações de três tipos e graus: impossível, difícil e desfavorável.

Em contraposição, o sistema promocional, com a finalidade de tornar a ação desejada, executa três operações contrárias, demonstrando que ela é essencial, fácil ou favorável.

As operações de fazer compõem o primeiro modelo de operação, são dirigidas aos variados tipos de vigilância (passiva ou ativa) e ao recurso do uso da força (impeditiva ou constrictiva). As operações do segundo e do terceiro modelo diferenciam-se das diretas, em razão de buscar o objetivo por meio de ação indireta em relação a conduta desejada ou não desejada:

O primeiro tipo de operação, que consiste em fazer, sim, com que o destinatário da norma seja colocado em condição de não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução, insere-se no rol das medidas diretas, isto é, as que o ordenamento adota para obter conformidade às normas, impedindo preventivamente a sua violação ou compelindo à sua execução. São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser passiva ou ativa) e o recurso ao uso da força (que pode ser impeditiva ou constrictiva).

Distinguem-se das medidas diretas as operações do segundo e do terceiro tipos, porque visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo

diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento. Podem ser denominadas medidas indiretas. São indiretas porque o comportamento não desejado é, contudo, sempre possível, mas deve tornar-se mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez realizado, produz certas consequências, desagradáveis ou agradáveis, segundo o caso.

Em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. A esta altura, podemos definir “desencorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento não desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis. Simetricamente, podemos definir “encorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis. (Bobbio, 2007, p15-16)

Caracterizam-se como indiretas, porque a conduta não desejada é ainda possível, porém será mais difícil ou mais fácil, uma vez realizada produz certas consequências, desagradáveis ou agradáveis, conforme a situação.

No sistema repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. No sistema promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. Quanto às técnicas de encorajamento, é importante observar a diferença entre as duas operações: a sanção propriamente dita, sob forma de recompensa, vem depois, com o comportamento já realizado; a facilitação precede ou acompanha a conduta que se pretende motivar.

Ainda sobre a diferenciação entre medidas de desencorajamento e medidas de encorajamento, pode ser útil, analisa-las tanto ponto de vista da sua respectiva estrutura, quanto do ponto de vista da sua respectiva função. A ameaça é o ponto de uma medida de desencorajamento e a promessa é o início de uma medida de encorajamento:

O momento inicial de uma medida de desencorajamento é uma ameaça; já o de uma medida de encorajamento, uma promessa. Enquanto a ameaça da autoridade legítima faz surgir, para o destinatário, a obrigação de comportar-se de um certo modo, a promessa implica, por parte do promitente, a obrigação de mantê-la. Todavia, enquanto a prática de um comportamento desencorajado por uma ameaça faz surgir, para aquele que ameaça, o direito de executá-la, a realização de um comportamento encorajado por uma promessa faz surgir, para aquele que o realiza, o direito de que a promessa seja mantida. (Bobbio, 2007, p.18)

Nesse aspecto, surge a sanção como um elemento fundamental para o sucesso das ações de promessa ou de ameaça. Essas sanções são caracterizadas por dar origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas. Na primeira modalidade, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção àquele que é sancionado, na segunda, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona.

A ferramenta do desencorajamento funciona com normas técnicas do tipo: “Se não queres A, deves B”; a ferramenta do encorajamento, com normas de outro tipo: “Se queres A, deves B”. Para uma análise funcional da sociedade, é relevante as categorias da conservação e da mudança:

Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas: no primeiro caso, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção àquele que é sancionado; no segundo caso, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona. Desejando expressar a situação do destinatário em ambos os casos, mediante a fórmula da norma condicionada (que não deve ser confundida com a norma técnica, a qual veremos adiante), no primeiro caso, a fórmula é: “Se fazes A, deves B”, ou seja, tens a obrigação de submeter-se ao mal da pena; no segundo, é: “Se fazes A, podes B”, isto é, tens o direito de obter o bem do prêmio. (Bobbio: 2007, p.19)

Na perspectiva funcional, as medidas de desencorajamento e as de encorajamento, torna-se essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança. Na hipótese de um comportamento permitido, o agente está livre para fazer ou não alguma coisa, ou seja, está livre para valer-se da própria liberdade para conservar ou para modificar.

No caso de um comportamento obrigatório, a conduta que serve a função de conservação é aquela conforme à obrigação (positiva ou negativa); a que serve a função de mudança é aquela conforme a vontade.

Para Bobbio, o assunto das sanções positivas sempre foi descuidado pelos juristas. A definição de sanção positiva obtém-se, a contrário sensu, da sanção negativa. O castigo é uma reação a uma má conduta e o prêmio é uma reação a uma boa conduta:

A noção de sanção positiva deduz-se, a contrário sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício. Tal como o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem. Desse ponto de vista, tanto as sanções negativas quanto as positivas podem ser atributivas ou privativas. Segundo uma classificação tradicional, o mal do castigo pode ser material (por exemplo, o confisco do patrimônio), imaterial (por exemplo, uma censura pública) ou misto (por exemplo, a perda de um direito que é meio para adquirir ou buscar para si vantagens materiais e imateriais). Da mesma forma, podem ser materiais, imateriais ou mistos os bens do prêmio. Ou, ainda, com outra distinção, o castigo pode consistir em um mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação). (Bobbio, 2007, p.24-25)

Dessa forma, o incômodo do castigo pode determinar tanto a atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, a comodidade do prêmio pode determinar tanto a atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem. As sanções negativas diferem-se ainda das positivas em relação a medidas preventivas e medidas sucessivas:

Outra distinção que podemos aproveitar das sanções negativas para as positivas é aquela entre medidas preventivas e medidas sucessivas. Preventivas são as medidas que tendem a promover o comportamento desejado, suscitando uma esperança, ou a impedir o comportamento não desejado, provocando um temor. Sucessivas são as medidas que se seguem ao comportamento, com uma reação favorável quando o comportamento é o desejado, e desfavorável quando o comportamento é o indesejado. Aquele que se vinga da ofensa recebida age quando o fato ao qual está reagindo já ocorreu — a vingança é uma medida sucessiva (ainda que o temor da vingança possa exercer, em alguns casos, uma ação preventiva). Quando o júri de um prêmio literário premia o melhor romance, reconhece um evento já ocorrido; afinal, é difícil atribuir a um prêmio literário a função de encorajar escritores a escrever belos romances. Para dar exemplos atinentes ao direito, quando o Estado estabelece uma isenção fiscal para quem realize uma ação econômica considerada vantajosa para a coletividade, institui uma medida preventiva que tem, manifestamente, o objetivo de induzir à realização de uma ação desejada; quando estabelece pensões de guerra, institui uma medida sucessiva, não sendo verossímil que, entre os motivos que induzem um cidadão a partir para a guerra, esteja receber uma pensão. (Bobbio, 2007, p.26)

Preventivas são as medidas que tendem a promover a conduta esperada, motivando uma esperança, ou a impedir o comportamento não esperado, provocando um receio. Sucessivas são as medidas que se seguem à conduta, com uma reação favorável quando o comportamento é o desejado, e desfavorável quando a ação é a indesejada.

Tanto a sanção quanto a facilitação pertencem ao mesmo grupo das medidas indiretas, enquanto tais, ainda que diferentes entre si, podem ser tratadas em conjunto.

Conforme demonstrado, nessa abordagem funcional, diante das exigências políticas da atualidade, as funções do direito são essencialmente sociais, podendo ser individualizadas em razão de suas especificidades. A função promocional do direito, ainda que mais próxima dos sistemas abertos, com o seu sistema de recompensas, sanções positivas/negativas balizando as condutas, tornou sua utilização no âmbito das operações internas do sistema fechado mais eficiente que a função repressora seja na orientação das expectativas ou no controle social.

2 – DIREITO E DEMOCRACIA: UMA QUESTÃO DE EFICÁCIA SOCIAL

Para Duguit, enquanto o direito objetivo preocupa-se com as regras de convivência social e o interesse comum, o direito subjetivo tem seu foco no indivíduo, capacitando-o para usufruir dos seus direitos perante a sociedade:

O "direito objetivo" ou a "regra de direito" designa os valores éticos que se exige dos indivíduos que vivem em sociedade. O respeito a essa ética, em determinado momento, implica, no âmbito social, a garantia de preservação do interesse comum, e, em contrapartida, sua violação acaba desencadeando uma respectiva reação da coletividade visando, de alguma forma, o responsável por tal violação.

O "direito subjetivo", por sua vez, constitui um poder do indivíduo que integra uma sociedade. Esse poder capacita o indivíduo a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo. (Duguit, 2009, p.11)

Nessa perspectiva, Duguit faz referência as doutrinas do direito individual e do direito social:

O questionamento sobre esse tema não constitui novidade, uma vez que acompanha o homem desde que este passou a refletir sobre os problemas sociais. São muitas as doutrinas que pretendiam a solução do problema e a vasta literatura a respeito não esgota o tema. Nesse sentido, é possível distinguir, em meio a tantas doutrinas, duas tendências caracteristicamente diferentes:

- 1º - doutrinas do "direito individual";
- 2º - doutrinas do "direito social" (Duguit, 2009, p.16)

Na doutrina individual, o homem pelo nascimento é dotado de direitos individuais que lhe garantem o descobrimento pleno das suas habilidades físicas e intelectuais, podendo naturalmente usufruir de seus resultados:

Ao nascer, o homem, em sua natureza de homem, desfruta de certos direitos subjetivos, que constituem os "direitos individuais naturais". O homem nasce "livre", isto é, desfruta o direito de desenvolver plenamente a sua atividade física, intelectual e moral, e, nesse sentido, pertence-lhe o direito de desfrutar o produto dessas atividades. Concebe-se, assim, para todos, a obrigação de respeitar no outro o desenvolvimento pleno da atividade física, intelectual e moral e nessa obrigação reside o próprio fundamento do direito, constituindo regra social. Entretanto, o direito limita essa perspectiva na defesa do interesse geral: (Duguit, 2009, p.19)

Esse mecanismo pretende preservar o princípio da igualdade entre os homens, impondo-o em condição de superioridade ao próprio Estado, que deve promover a organização da sociedade, sem nunca desrespeitar os direitos fundamentais:

Produto de longa elaboração, a doutrina individualista encontrou decisivamente sua forma precisa e acabada na "Declaração dos Direitos de 1789: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. A finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem... O exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos". (Art. 2º 1, 2, 4) (Duguit, p.20-21)

Entretanto, não é somente pelo nascimento que os indivíduos usufruem da liberdade e da igualdade, mas sim por nascerem integrados a uma sociedade, essa perspectiva individual só pode ser realizada por compromissos solidários e recíprocos, que permitem o desenvolvimento de ambos.

... O ser humano nasce integrado a uma coletividade, vive sempre em sociedade e só pode viver sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. (Duguit, 2009, p.25-26)

A doutrina social, entende que tendo o homem por sobreviver em sociedade, é definido pela coletividade, portanto parte da análise geral para extrair o individual, como ser submetido as obrigações sociais:

As doutrinas denominadas "direito social" deveriam ser adas "doutrinas socialistas", em oposição às doutrinas individualistas acima consideradas. Contudo, evitamos pregar essa terminologia pelo caráter vago e ao mesmo tempo preciso sob que ela se manifesta. E vago porque vem se prestando a qualificar doutrinas infinitamente diversas pelos seus princípios e tendências; e preciso por designar, atualmente na França, um partido político direcionado, sob diversos aspectos "evolutivos" para alguns, "revolucionários" para outros — à supressão da individual. Nesse sentido, opondo a doutrina individualista à socialista, empregaremos a expressão exclusivamente para designar a doutrina que fundamenta o direito no caráter social e nas obrigações sociais do indivíduo. (Duguit, 2009, p.31-32)

Na atualidade vem predominando o entendimento proposto pela doutrina social, em oposição a individual. Para Duguit, a solidariedade era entendida como uma interdependência social:

Partimos do fato incontestável de que o homem vive em sociedade, sempre viveu e só pode viver em sociedade com seu semelhante. Admitimos que a existência da sociedade é um fato primitivo e humano, e não, portanto, produto da vontade humana. Conclui-se daí que todo homem, e o seu nascimento, integra um agrupamento humano. A com isso, o ser humano desenvolveu uma consciência clara de sua própria individualidade; ele concebe-se como criatura individual, com necessidades, tendências e aspirações próprias; compreende também que esses anseios não podem ser satisfeitos se não pela vida em comunidade com s homens. Enfim, dimensionada conforme o momento da história humana, a consciência de uma "sociabilidade" sempre esteve presente, enquanto dependência do homem em relação à comunidade; e também a consciência da sua "individualidade". (Duguit, 2009, p.35)

Trata-se de uma situação fática, pois o homem, mesmo nascendo em sociedade não se desvincula da sua individualidade, ao contrário, a medida que vai compreendendo e desenvolvendo relações recíprocas, constitui-se em um ser solidário, com competência para contribuir para as necessidades comuns e também para usufruir das conquistas do grupo:

Entretanto, por mais diversas que as formas sociais tenham sido no passado e possam vir a sê-lo no futuro, por mais variados, que, conforme tempo e país, sejam os laços de solidariedade unindo os membros de um mesmo grupo social, consideramos que a solidariedade pode vincular-se a um dos seguintes elementos essenciais: os homens de um mesmo grupo social são solidários entre si — primeiramente porque têm necessidades comuns cuja satisfação reside na vida em comum; e em segundo lugar porque têm anseios e aptidões diferentes cuja satisfação efetiva-se pela troca de serviços recíprocos, relacionados exatamente ao emprego de suas aptidões, Dentro do esboço acima, conceitua-se a primeira como solidariedade "por semelhança" , enquanto a segunda, "por divisão de trabalho". (Duguit, 2009, p.36-37)

Nesse sentido, a solidariedade social torna-se um fundamento essencial para o desenvolvimento social, gerando a necessidade da sua integração ao mundo das regras:

Estabelecidas a existência, a natureza e extensão do que se destine como solidariedade social, torna-se fácil depreender em sua natureza o fundamento do direito. O homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos. Assim uma

regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser a expressão e o desenvolvimento deste princípio. (Duguit, 2009, p.41)

Coube ao direito objetivo a missão de impor cooperação consequentemente a divisão de tarefas conforme habilidades e técnicas de cada um:

A regra de direito mostra-se ao mesmo tempo permanente e mutável. Toda sociedade implica solidariedade; toda regra de conduta dos homens que vivem em sociedade leva a cooperar nessa solidariedade; todas as relações sociais foram e sempre serão relações de similitude ou de divisão de trabalho. Daí se depreende a perenidade da regra de direito e do seu conteúdo geral. Mas, ao mesmo tempo, as formas sob que se manifesta a solidariedade por similitude e por divisão de trabalho podem variar, variaram e assim continuarão eternamente. A regra de direito, em sua aplicação, oscila em variações como as próprias formas da solidariedade social. A regra de direito, da forma como é concebida, não constitui uma regra ideal e absoluta, da qual os homens devam lutar por se aproximar sistematicamente, mas consiste em uma regra variável e mutável; e o papel do jurista determina qual regra se conforma mais perfeitamente a estrutura de determinada sociedade. Assim considerando, nossa concepção da regra de direito, fundada na solidariedade social, difere profundamente da concepção mais comum de direito natural, compreendido como direito ideal e absoluto. Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito "subjetivo" daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o "direito" de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe.... (Duguit, 2009, p.42-43)

Dessa forma, os homens são amparados duplamente, tendo o direito de praticar qualquer ato cooperativo, não podendo ser impedido de cumprir o seu papel social. Por outro lado, tem o direito de liberdade para efetuar escolhas relativas ao seu desenvolvimento pleno. Liberdade nesse aspecto deixa de ser um direito natural e passa a ser uma prerrogativa garantida pelo direito da sociedade:

A liberdade, sem dúvida, é um direito e não uma prerrogativa que acompanha o homem pela sua natureza de homem. A liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua atividade tão plenamente quanto possível, uma vez que a sua atividade individual é fator essencial da solidariedade por divisão de trabalho. Enfim, o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável,

pois nesse sentido consiste unicamente na liberdade de se cumprir o dever social. (Duguit, 2009, p.43)

Com relação ao Estado, Duguit em síntese afirma que predomina a relação entre governantes e governados, sendo que entre os últimos, em razão da coação que necessariamente são submetidos, passaram a refletir sobre a legitimidade do poder e sobre questões sociais:

Apesar da terminologia empregada, o fenômeno que abordaremos a seguir não consiste efetivamente na questão da origem do Estado, mas trata da legitimidade do poder político. Em todas as sociedades em que existe diferenciação entre governantes e governados há indivíduos que parecem preponderar sobre outros mediante o constrangimento material. Desde o estabelecimento dessa relação, portanto, o espírito humano passou a refletir sobre questões sociais: E ou não legítimo o poder de mandar, sob a sanção do constrangimento, exercido pelos governantes? Deve-se obediência aos governantes? Se o poder da autoridade é legítimo e se lhe devemos obediência, por que sucede dessa forma? (Duguit, 2009, p.51)

Nesse sentido, o autor destaca as chamadas doutrinas democráticas, destacando-se em sua análise, um alerta sobre o entendimento dessa expressão, que comporta situações onde poder político suplanta totalmente o indivíduo ou permite outras formas de governo diversas do modo republicano:

Doutrinas democráticas nem sempre são doutrinas liberais. Esse constitui, na verdade, um equívoco muito comum, que devemos evitar. Chamamos "democráticas" todas as doutrinas que determinam a origem do poder político na vontade coletiva da sociedade submetida a esse poder, e que atribuem a legitimidade deste à circunstância de haver sido instituído pela coletividade que rege. Mas essas doutrinas, segundo dois de seus mais ilustres representantes, Hobbes e J. J. Rousseau, conduzem à onipotência do poder político e à subordinação completa e sem limites do indivíduo. Considere-se também que as doutrinas democráticas de modo algum implicam uma forma republicana de governo. Conforme o próprio Rousseau, a teoria da origem popular do poder político concilia-se com todas as formas de governo, e a melhor será aquela que se adapte perfeitamente ao contexto social a que se refere. (Duguit, 2009, p.61)

Essa preocupação, surge também na obra de Bobbio, onde tece considerações a respeito da regra da maioria e da democracia:

Que os sistemas políticos habitualmente chamados de democráticos, ou, mais frequentemente, de democracia ocidental sejam sistemas nos quais vale a regra de maioria — seja para a eleição daqueles aos quais é atribuído o

poder de tomar decisões válidas para toda a coletividade, seja para a formação das decisões dos supremos órgãos colegiados — não implica que: a) a regra da maioria seja exclusiva dos sistemas democráticos; b) as decisões coletivas nesses sistemas sejam tomadas exclusivamente mediante a regra da maioria. Em outras palavras, não obstante a opinião comum de que um sistema democrático, comparado aos sistemas autocráticos, seja caracterizado pela regra da maioria, como se democracia e princípio majoritário fossem dois conceitos da mesma extensão e, portanto, coincidentes, não é verdade que: a) apenas nos sistemas democráticos vigore a regra da maioria; b) neles as decisões coletivas sejam tomadas apenas mediante a regra da maioria. Disso advém que democracia e regra da maioria, em vez de serem dois conceitos de igual extensão, têm apenas uma parte da sua extensão em comum, e portanto passível de ser sobreposta, podendo ocorrer, de um lado, sistemas políticos não-democráticos que conheçam a regra da maioria, seja para a eleição do supremo órgão decisório, seja para a formação das supremas decisões coletivas, e, de outro, decisões coletivas de sistemas democráticos tomadas não com base na regra da maioria, sem que por isso tais sistemas deixem de ser incluídos entre os sistemas democráticos. (Bobbio, 2000, p.428-429)

Duguit ressalta que no século XIX firmaram-se as ideias de que o poder emana do povo e a necessidade de um parlamento eleito por ele. Entretanto, esclarece o autor que a vontade da maioria tem se demonstrado tão despótica quanto os reis, quando impõe a toda coletividade uma só vontade:

O século XIX articulou-se principalmente sobre duas posições políticas: o princípio de que todo poder emana do povo, e a criação de um Parlamento diretamente eleito pelo povo. E acreditou também que, proclamando a república como forma necessária da democracia, estava estabelecendo a liberdade sobre bases indestrutíveis. A história contemporânea comprova o equívoco dessas posições. Aliás, parece-nos, devemos repudiar o governo do povo, pois dele emana uma tendência a julgar-se onipotente. Mediante o voto, criaram-se parlamentos contra o despotismo dos reis; devemos reconhecer agora o precário direito do indivíduo contra o despotismo dos parlamentos. (Duguit, 2009, p.62)

Nessa ótica, afirma Duguit que o Estado enquanto sujeito de direitos está submetido ao controle do direito, seja para o direcionamento da legislação que produz, quanto ao cumprimento das mesmas:

Admitindo o Estado como pessoa, sujeito de direito, confirma-se, desse modo, sua sujeição à alçada do direito, e nesse sentido, além de titular dos direitos subjetivos, sujeito ao direito objetivo. Em suma, consoante a expressão alemã, um Rechtsstaat, cuja tradução já referimos. Dizer que o Estado sujeita-se ao direito significa, em primeiro lugar, que o Estado legislador vê-se obrigado pelo direito a elaborar determinadas leis em detrimento de outras. Em segundo, que o Estado, após conceber uma lei, e durante sua vigência, sujeita-se a essa mesma lei: pode, sim, modificá-la,

revogá-la, mas sujeitando-se-lhe como qualquer indivíduo. Os seus funcionários administrativos, seus juízes e legisladores devem aplicar a lei e agir dentro dos limites por ela estabelecidos. Nisto consiste o regime da "legalidade". (Duguit, 2009, p.87)

Dessa forma, o Estado fica submetido tanto a obrigações negativas, quanto positivas. Por meio desse controle, o Estado, a exemplo dos indivíduos, está obrigado a utilizar os seus recursos em favor da solidariedade social:

A limitação jurídica do poder legislativo do Estado, segundo nossa doutrina, baseia-se em que deve ser aplicada aos elementos detentores do poder e não ao Estado considerado como pessoa. Nesse sentido, essa limitação é sobretudo rigorosa. Como todos os indivíduos, os governantes têm deveres jurídicos fundados na interdependência social; assemelham-se a todos os indivíduos obrigados a submeter suas aptidões a serviço da solidariedade social. A maior força existente em uma sociedade pertence ao governo e, em virtude disso, ele deve ser obrigado a empregá-la sempre na consecução da solidariedade social. Assim, deve elaborar todas as leis visando a chegar a esse resultado; e a fortiori não pode fazer qualquer lei contrária ao próprio desenvolvimento dessa solidariedade. O direito impõe aos governantes não apenas deveres negativos, mas também positivos. (Duguit, 2009, p.89)

Refletindo sobre o que seria um bom governo e um mau governo, buscou Bobbio inspiração nos clássicos gregos uma síntese onde identificou duas possibilidades de diferenciação. A primeira é quando a boa gestão pública é fruto da obediência às leis, enquanto a má é aquela onde não existe esse respeito e predomina a ambição do governante. A segunda, dá-se quando o bom governo liderado por seu governante utiliza-se do poder para buscar o bem comum, sendo o mau aquele que usa seu poder em benefício próprio:

(...) O primeiro: bom governo é aquele do governante que exerce o poder em conformidade com as leis preestabelecidas e, inversamente, mau governo é o governo daquele que exerce o poder sem respeitar outra lei exceto aquela dos seus próprios caprichos. O segundo: bom governo é aquele do governante que se vale do próprio poder para perseguir o bem comum, mau governo é o governo daquele que se vale do poder para perseguir o bem próprio. Deles derivam duas figuras típicas do governante odioso: o senhor, que dá leis a si mesmo, o autocrata no sentido etimológico da palavra; e o tirano, que usa o poder para satisfazer seus próprios prazeres, os desejos ilícitos dos quais fala Platão no IX livro da República.

De ambas as interpretações, o pensamento grego clássico nos deixou alguns textos canônicos (digo "canônicos" no sentido de que, retirados do seu contexto histórico, tornaram-se verdadeiras e próprias máximas que podem ser usadas nas mais diversas circunstâncias). (...) (Bobbio, 2000, p.206-207)

Utilizando a expressão Estado Democrático e Social de Direito, Freire destaca que a Constituição de 88, em seus fundamentos, consagrou um modelo de democracia participativa, onde tanto o povo quanto o Estado, submetem-se à legislação nacional, sob a perspectiva da globalização.

Registra Freire que, em razão da nova ordem jurídica estabelecida, o Estado brasileiro está compelido a concretizar vários deveres jurídicos, com a finalidade de promover os direitos fundamentais:

O art. 1º, caput, da CF consagra de modo expreso o princípio do Estado Democrático de Direito, inserindo como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, o parágrafo único do art. 1º prevê que "todo o poder emana do povo", que o exerce — nos termos da Lei Maior — diretamente ou por meio de representantes eleitos. Ademais, o texto constitucional prescreve que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)" (art. 5º, caput). O art. 6º, por seu turno, assegura os direitos sociais à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

Essas referências constitucionais já são suficientes para afirmar a presença do princípio do Estado Democrático e Social de Direito.

(...) "Estado de Direito" é aquele em que o Estado se submete às normas jurídicas previstas na Constituição (princípio da supremacia constitucional). Além disso, no Estado de Direito os direitos fundamentais das pessoas são assegurados em face do próprio Estado, havendo um sistema de repartição do exercício do poder de forma a garanti-los. (Freire, 2014, p.64)

Segundo Freire, o Estado se subordina aos fins públicos, em razão do direito público, que por meio de seus princípios fundamentais, determina que as ações estatais tenham como objetivo o interesse público, dentro de limites também por ele estabelecidos.

Dessa maneira, a supremacia do interesse público encontra justificativa na grande abrangência da sua utilização pelo Estado, que por meio de funções jurídicas realiza as ações ou diretrizes dos poderes estatais:

(...) os princípios fundamentais do direito público atribuem ao Estado uma série de fins públicos. Esses fins públicos consubstanciam o interesse público, cuja satisfação se coloca como um dever jurídico para o Estado, o qual disporá das situações jurídicas ativas necessárias para cumprir esse desiderato.

Por conseguinte, exemplificativamente, são interesses públicos previstos na Constituição: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.

3º 1); (b) o desenvolvimento nacional (art. 3º II); (c) a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos (art. 3º IV); (d) a independência nacional (art. 4º, I); (e) o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII); (f) a garantia à livre manifestação do pensamento (art. 5º IV); (g) o acesso à informação e o sigilo da fonte (art. 5º, XIV); (h) o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro quando ocorrer a desapropriação (art. 5º, XXIV); (i) a garantia de um salário-mínimo (art. 7º, IV); (j) a proteção do trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII) dentre outros.

Não há dúvidas de que a realização desses fins públicos detém supremacia em face de interesses privados. Mas, como a satisfação de tais interesses não pode ser realizada de qualquer modo, há uma série de deveres, de limites, impostos ao Poder Público.

E por isso que o regime jurídico de direito público também pode ser explicado pelo reconhecimento dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. (Freire, 2014, p.68-69)

Esse posicionamento aproxima-se da perspectiva desenvolvida no presente trabalho sobre a abrangência da função promocional do direito, em razão de um novo direito que impõe uma submissão vinculativa a todos os poderes.

Para Freire, o princípio da supremacia e o do interesse público se complementam por meio de um equilíbrio entre a atribuição de poderes e às suas respectivas restrições. Daí justificar-se plenamente a sua condição de indisponíveis:

Enfim, é o princípio da supremacia do interesse público que autoriza o Poder Público a aplicar sanções àqueles que causem danos ao meio ambiente ou a revogar uma permissão de uso de bem público a um particular para que no citado bem possa ser instalado um hospital público.

Sem essa consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não há como o Estado atingir os fins públicos. Não há como o Estado perseguir esses fins se ele não dispuser de instrumentos que lhe possibilitem atuar de modo unilateral, independentemente da vontade dos destinatários. E, pois, indispensável à existência do próprio Estado que ele possua uma posição de autoridade e de privilégio nas suas relações com os administrados, desde que isso se mostre justificável e seja exercido dentro das limitações impostas pela ordem jurídica.

Nesse sentido, outro princípio fundamental do direito público consiste na indisponibilidade do interesse público. Seria possível dizer, inclusive, que este princípio e o da supremacia do interesse público são "duas facetas da mesma moeda". Isso porque, enquanto o princípio da supremacia fundamenta os poderes do Estado, o princípio da indisponibilidade impõe as devidas restrições. A necessidade de compatibilidade dos atos do Estado com a ordem jurídica (juridicidade), razoabilidade, devido processo legal, isonomia, moralidade, publicidade, responsabilidade, controle etc. são apenas algumas dessas limitações ao exercício dos poderes. (Freire, 2014, p.70)

Conforme descrito por Freire, quando Duguit submete o Estado ao direito e o posiciona a serviço do cidadão, a importância do serviço público atingiu o patamar de

elemento do Estado, pois somente pela sua força, será possível concretizar os deveres e funções estatais de uma nova teoria do Estado comprometida com a doutrina social. Nesse sentido, a própria interdependência social depende do serviço público para a plenitude de seu desenvolvimento:

Com Duguit a noção de serviço público adquiriu papel diferente, servindo para fundamentar uma nova teoria do Estado. Duguit insere o serviço público como um dos elementos do Estado e o coloca como um princípio de limitação objetiva do poder exercido pelos governantes. O poder não se mostra como um direito subjetivo dos governantes, mas como um dever, uma função.¹² Para Duguit os governantes estão obrigados a exercer seus poderes em prol da solidariedade social. O único fundamento desses poderes são seus deveres, e a atividade dos governantes liza-se aos encargos que são impostos pela disciplina social (isto é, pelas regras decorrentes da solidariedade e da interdependência social). Por isso, o jurista francês afirma que o serviço público constitui o fundamento e o limite do poder dos governantes. (Freire, 2014, p.209-210)

Destaca Freire, que pela teoria de Duguit, foi possível compreender o Estado não como forma de opressão, mas como um serviço à disposição do cidadão. Nessa ótica, por meio da visão sociológica, o poder torna-se função e o comando estatal torna-se gestão social:

Assim, Duguit define o serviço público como toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regido e controlado pelos governantes, porque sua execução é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que não pode ser realizada a não ser pela intervenção da força governante.

Como se pode perceber, Duguit realmente buscou criar uma nova teoria do Estado. Segundo Chevallier, a teoria do serviço público não modificou apenas as relações do Estado com o Direito; ela alterou também a concepção das tarefas estatais. O Estado passava a ter a função de servir, não sendo mais uma instância destinada a obrigar e a dominar. O poder transformou-se em função, e o "direito de comandar" em "obrigação de gerir". Ele deixava de ser um árbitro e passava a atuar ativamente na gestão do social. (Freire, 2014, p.210)

Santos, desenvolveu estudos sobre a atuação do direito, na sociedade com ênfase na tensão entre seu papel de legislador e de emancipador:

A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fracturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já

não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercute-se muito particularmente, tanto nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social. Daí que, uma vez transpostos os umbrais da transição paradigmática, seja necessário reconstruir teoricamente uns e outros. É essa reconstrução que me proponho levar a cabo nesta parte. (Santos, 2007, p.257)

Em síntese, essa teoria sustenta que na atual transição paradigmática, o direito precisa romper amarras do Estado, quando conclamado dirimir questões entre o cidadão e o Estado. Ou seja, ampliar sua autonomia tornando-se um direito democrático e não somente estatal:

A transição paradigmática é dupla: epistemológica e societal. As duas transições são autônomas, mas intimamente relacionadas. Formas alternativas de conhecimento geram práticas sociais alternativas e vice-versa. A unir as duas transições, existe o conceito de subjectividade — simultaneamente individual e colectiva — o grande mediador entre conhecimentos e práticas. Dado que, neste capítulo, adoptei a heterotopia como lugar de escrita, é-me legítimo centrar a análise no lado emergente e emancipatório da competição paradigmática, isto é, na construção paradigmática do tipo de subjectividade capaz de explorar, e de querer explorar, as possibilidades emancipatórias da transição paradigmática. Tal é a subjectividade emergente: por um lado, tem de se conhecer a si mesma e ao mundo através do conhecimento-emancipação, recorrendo a uma retórica dialógica e a uma lógica emancipatória; por outro lado, tem de ser capaz de conceber e desejar alternativas sociais assentes na transformação das relações de poder em relações de autoridade partilhada e na transformação das ordens jurídicas despóticas em ordens jurídicas democráticas. Em suma, há que inventar uma subjectividade constituída pelo topo de um conhecimento prudente para uma vida decente. (Santos, 2007, p.344-345)

Diante do exposto, verifica-se que a relação direito e democracia sob o prisma da eficácia social, no atual cenário constitucional brasileiro, reconhece o Estado submetido ao direito e disponível ao indivíduo e a sociedade na função de prestador de serviços e gestor social.

2.1 DEVER JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO PROGRESSIVA

Para Canotilho, a questão da determinação dos interesses públicos na Constituição portuguesa situa-se de forma muito definida, pelo que chamou de determinantes autônomas. Sendo esses mecanismos condicionadores da ação legislativa positiva ou negativa, endereçada a concretização dos interesses públicos, na medida em que respeitem a ordem constitucional:

Ao situar-se a problemática da liberdade de conformação legislativa dentro do problema da constituição heteronomamente determinante e ao concluir-se que a vinculação constitucional comporta uma dimensão positiva e outra negativa, implicitamente se afirma a inadmissibilidade da qualificação dos interesses públicos pelo legislador como tarefa exclusivamente condicionada pelas «determinantes autônomas». Uma definição normativa do «interesse público» (melhor: dos «interesses públicos») é necessariamente uma definição da «salus publica» a partir da constituição: *salus publica ex constitutione*. Pretende-se dizer que a determinação dos interesses públicos, quer nos casos em que se debate um problema de ordenação concordante de várias posições jurídico-individuais constitucionalmente protegidas (tarefa de «concordância prática»), quer nos casos em que se depara com uma contraposição dos «interesses objectivos da comunidade» com os interesses individuais, é sempre um problema de relação material constituição-lei. (Canotilho, 2001, p.251-252)

Destaca Canotilho que atualmente na perspectiva das imposições constitucionais endereçadas ao legislador, paira um dever jurídico de realizá-las, portanto uma substancial mudança frente ao antigo entendimento das normas programáticas como simples programas futuros, carentes de uma vinculação imediata:

O problema das «imposições constitucionais» coloca-se hoje nos seguintes termos: existem preceitos constitucionais que constituem verdadeiras «ordens» de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador no sentido de este emitir uma ou várias leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental. Os termos amplos em que se define o âmbito das imposições constitucionais procuram intencionalmente captar as várias dimensões de uma «ordem constitucional».

(...)

O problema da «actualidade» e «actualização» das imposições constitucionais coloca-se, assim, sob um prisma substancialmente diferente do da velha «concepção programática» das normas constitucionais. Não obstante se apontar ainda hoje um «momento utópico» a certas imposições

constitucionais estamos já longe dos «simples programas», «proclamações», «exortações morais» « declamações», « sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «determinações programáticas», «programas futuros» juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. (Canotilho, 2001, 297-298-299)

Com relação aos direitos fundamentais e sociais, no âmbito dos direitos subjetivos, Canotilho sustenta que são plenamente exigíveis perante os poderes do Estado, independente da vinculação do legislador em elaborar leis que se destinam a concretização de direitos a prestações. Nesse sentido a ação concretizadora constitucional não se limita a uma só perspectiva, mas possível em três dimensões:

1 - Dimensão subjectiva, que resulta: a) da consagração constitucional destes direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como «direito objectivo» expresso através de «normas programáticas» ou de «imposições constitucionais (direitos originários de prestações); b) da radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

2 - Dimensão programática, que pode ter vários níveis de formulação: a) através de cláusulas de socialidade e de princípios definidores dos fins do Estado; b) através de normas gerais impositivas de certa «política» (tarefas do Estado) necessária à realização dos direitos fundamentais; c) através de imposições constitucionais concretas que vinculam o legislador ao fornecimento de certas prestações estritamente necessárias à concretização dos direitos económicos, sociais e culturais.

3 - Uma dimensão igualitária, normativamente harmonizante. Quando o legislador procede à efectivação de certos direitos (cfr. 1/b), justifica-se que a concretização legal não viole o direito de igualdade, omitindo ou excluindo arbitrariamente cidadãos ou grupos de cidadãos das prestações legalmente reconhecidas. É neste campo que, como se viu, se levantam os problemas da omissão legislativa parcial e do direito individual de defesa do cidadão ou cidadãos contra um tratamento legal desigualitário. (Canotilho, 2001, p.374-375)

Unger, refletindo sobre os limites do pensamento jurídico contemporâneo, afirma que para que o desenvolvimento jurídico e social não seja constantemente interrompido, deve ocorrer uma mudança estrutural na sociedade e no direito, onde duas ações podem contribuir. A primeira traduz-se em buscar a superação da tradicional política de transferência de renda, ainda que de forma gradual criar

direções que permitam outras formas de realização dos direitos de escolha. Um segundo caminho percorre o universo de pluralismos jurídicos, que ao serem explorados poderiam permitir alguma mudança estrutural:

Algumas dessas ideias e estratégias supõem a manutenção das atuais estruturas institucionais concomitantemente ao controle de suas consequências: pela neutralização, notadamente, por políticas fiscais de transferência ou pelo favorecimento de grupos em situação de desvantagem, de suas consequências distributivas. Outras concepções e estratégias, contudo, supõem uma mudança gradual, porém cumulativa dessas estruturas institucionais. Essas soluções de desafio e transformação das estruturas podem, por sua vez, se desenvolver em direções alternativas. Podem assinalar os movimentos iniciais em diferentes trajetórias de mudança estrutural.

Assim, o avanço em direção ao reconhecimento da essência empírica e revogável dos direitos de escolha deve ser apenas o primeiro passo num movimento constituído de dois passos. O segundo passo, seguindo de perto o primeiro, seria a imaginação e a construção jurídica de pluralismos alternativos: a exploração, pela discussão programática ou pela reforma experimental, de uma sequência ou outra de mudança estrutural. Cada sequência redefiniria os direitos e os interesses e ideais a que eles servem, ao mesmo tempo que os realizaria mais efetivamente. Já forneci um longo exemplo de como essas reformas podem parecer quando sugeri, anteriormente, como podemos passar de um debate sobre políticas públicas tradicional e conservador de estruturas para outro que desafie e modifique os pressupostos institucionais e imaginativos do debate. Contudo, a teoria e a doutrina jurídicas contemporâneas, e o próprio direito material, quase nunca dão esse segundo passo. O seu exemplo é marcante de desenvolvimento interrompido. (Unger, 2004, p.44-45)

A respeito do Estado democrático de Direito, Silva afirma que a Constituição brasileira usou adequadamente a referida terminologia, pois o democrático constitui o Estado dotado de estruturas voltadas para a realização da democracia plena. Dessa forma, fica também a ordem jurídica comprometida com o interesse coletivo:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício...

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana. (Silva, 2010, p.119-120)

Nesse sentido, traduz-se num esforço para transcender a perspectiva do Estado capitalista compondo um Estado comprometido com a realização da Justiça Social.

Nessa missão, o direito assumiu um papel fundamental, pois além da legalidade formal que ampara o Estado, deve realizar o princípio da igualdade por meio de atos que objetivam a redução da desigualdade social, cumprindo o objetivo da Constituição brasileira:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos. (Silva, 2010, p.121)

Dessa forma, a legislação constitucional preocupou-se em definir a eficácia plena dos direitos e garantias fundamentais. (artigo 5º, § 1º). Além disso, foram criados o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e Ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º):

Finalmente, a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais. Os direitos, liberdades e prerrogativas consubstanciadas no título II, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade. A Constituição se preocupou com a questão em vários momentos. O primeiro em uma norma-síntese em que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Essa declaração

pura e simplesmente por si não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção. Acrescentemos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzam direitos de interesse social.

Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. (Silva, 2010, p.467)

De fato, no Estado democrático de Direito, a Constituição assume o papel de promover a integração e unidade do estado por meio da concretização dos direitos fundamentais:

Pode-se concluir que a constituição vale enquanto instrumento de integração estatal, a que o sistema de direitos fundamentais, como sistema de valores, confere legitimidade. Nisso se vê que a teoria da integração recorre também a um princípio superior como fundamento da constituição, como Kelsen, com a diferença de que com a norma fundamental pressuposta, no fundo, recorre-se a um elemento superior formal e ideal, enquanto Smend se apoia num elemento superior material, qual seja, o sistema de valores, o sistema cultural, extrajurídico, na medida em que ele concebe os direitos fundamentais, enquanto inteiramente fundados e condicionados historicamente, como objeto exclusivo das ciências do espírito. (Silva, 2014, p.187)

A Constituição brasileira assumiu a perspectiva de uma integração harmônica dos direitos fundamentais, ou seja, não existe hierarquia, todos são aplicáveis. Dessa forma, não submetidos a categoria de programáticas:

A Constituição de 1988 (temos dito e repetido) assumiu essa doutrina segundo a qual há de se verificar a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais podem ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo para compreender que eles constituem, em definitivo, direitos fundamentais da pessoa humana, e, com toda razão, "se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades" e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja, "para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas. (Silva, 2014, p.532)

A exigência dos direitos sociais perante o judiciário, não pode ser obstaculizada somente pela reserva do possível ou do mínimo existencial:

... Essa cláusula final, condicionante da expansão dos direitos sociais, é que fornece base para engendrar fatores de obstáculos ou limitações à efetividade das normas de direitos sociais. Um deles é a reserva do possível e também da reserva orçamentária. O outro é o mínimo existencial. (Silva, 2014, p. 584)

A reserva do possível baseia-se na existência de recursos destinados aos direitos sociais, sem os quais não poderiam ser exigidos judicialmente:

E uma doutrinação que dá munição aos neoliberais e conservadores em geral contra a realização dos direitos sociais. Em face disso, ficam esvaziadas brilhantes afirmativas como a de que "a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que, enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente manipulada, a ponto de legitimar a negligência dos Poderes Públicos para com a destinação dos recursos econômicos. Ora, reserva do possível não é restrição aos direitos sociais, mas obstáculo à sua realização, impedimento à sua eficácia social, à sua efetividade. (Silva, 2014, p.587)

A tese do mínimo existencial tenta reduzir a eficácia dos direitos sociais, porém não existem critérios objetivos, pois a alimentação e a saúde continuam sendo direitos sociais:

Em texto mais antigo o autor vinculou o mínimo existencial ao direito de liberdade: "O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma coisa (...). O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade"⁸⁰ Nesse texto antigo ele não é tão peremptório no negar o caráter fundamental dos direitos sociais, ainda que não seja tão preciso. De fato, num momento afirma: "estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 6º e 7º), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização, mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo quê não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. Em outro momento, diz que "os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. (Silva, 2014, p.589)

Assegura Tavares, que o Estado constitucional consagrou uma vedação tanto quanto medidas que gerem retrocesso social, quanto medidas prospectivas que possam visar uma redução ou anulação de direitos promotores da dignidade humana e colocar em dúvida a segurança jurídica do sistema:

A proteção à segurança jurídica, implícita ao Estado de Direito, exige, igualmente, uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não por serem tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Seria justamente o caso de se pretender a eliminação de leis regulamentadoras de direitos sociais, ainda que com pretensão meramente prospectiva (não retroativa). O que o autor está pretendendo sublinhar é que não basta a proteção contra a irretroatividade, já que medidas prospectivas podem trazer retrocesso que deve ser combatido. Ou seja, não se deve confundir medidas retrocessivas e medidas retroativas. E o exemplo mais ilustrativo será justamente o da implementação, por meio de lei, dos direitos sociais e uma eventual lei posterior revogadora, que promova um retrocesso, uma diminuição, no grau de implementação e concretização dos direitos sociais já alcançado pela lei revogada. A tanto estará vedado o legislador por força do princípio da proibição do retrocesso. O caso real mais conhecido é o Acórdão 509, de 2002, do Tribunal Constitucional português, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei que pretendeu reduzir o âmbito subjetivo dos beneficiários do chamado rendimento mínimo. A mesma tese pode ser adotada, no Brasil, para o caso do bolsa-família. Não se trata de impor um perfil de Estado-assistencialista, mas sim de exigir deste que ofereça um grau sempre crescente de implementação dos direitos sociais prioritariamente para aqueles que ainda dependem; para sua sobrevivência (melhor seria dizer "vivência digna"), do Estado. (Tavares, 2011, p.770)

O fato é que a justificativa de se aguardar reserva de verbas ou políticas públicas, não tem força para impedir que a questão seja judicializada:

A conclusão a que se chega é a de que o critério do mínimo existencial é um parâmetro importante para a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos sociais, independentemente da reserva do possível. Mas isso não justifica a tese de que a parte dos direitos sociais para além desse mínimo não seja direito fundamental e, pois, nem justiciável. É, e com a mesma força dirigente. No entanto, resta sempre a questão de saber o que é esse mínimo existencial. Há quem o entenda como "o direito de satisfação das necessidades básicas". Mas aí a indagação se transfere para essa afirmativa; então, o que é direito de satisfação das necessidades básicas? Que são necessidades básicas? Para Ana Paula de Barcellos "o mínimo existencial corresponde a um conteúdo básico do princípio da dignidade humana". (Silva, 2014, p.591)

Coelho assimila que o núcleo constitucional se constitui por dois elementos distintos a matéria e a finalidade:

Daí a importância de outros dois critérios de classificação, a matéria e a finalidade. Com efeito, existem relações sociais que o constitucionalismo veio a normatizar através das constituições, transformando-as em relações jurídico-constitucionais, e outras a cargo das demais regras do ordenamento. A delimitação dessa matéria nos fornece dois tipos: constituições formais e materiais. Mas não se trata propriamente de duas espécies diferentes, mas de pontos de vista diferentes no modo de encarar o texto constitucional. Por isso é preferível falar em constituição em sentido formal e em sentido material. (Coelho, 2008, p.39)

Quanto a matéria, pode ser formal ou material. No sentido formal situa-se na legislação estrutural conforme sua promulgação e no sentido material encontra-se a matéria social e sua regulação.

Com relação a finalidade situam-se as garantistas e as dirigidas. Entretanto nas constituições recentes predomina um sistema misto:

A ideia de constituição dirigente é recente, e veio enriquecer o conceito tradicional que limitava a constituição à garantia de direitos, em sentido retrospectivo, mediante declaração de grandes postulados ético-políticos. Não há exemplos históricos de constituição exclusivamente planificadora. Embora o constitucionalismo tenha se afirmado em torno de princípios, a maioria das constituições modernas adota um sistema misto, compreendendo a declaração de princípios e garantias de sua efetividade e regras de planificação, voltadas para o futuro. Tal simbiose gera não poucas incongruências, pois muitas vezes a observância de princípios impede a ação governamental mais efetiva, tendente a fazer cumprir os mesmos princípios. (Coelho, 2008, p.43)

Conforme anteriormente descrito, no tocante a relação do dever jurídico e a progressividade constitucional, a atual Constituição brasileira confia ao direito a sua principal meta estatal que se traduz na efetivação da igualdade material.

Nesse sentido, a integração e unidade do estado ocorre pela via da efetivação dos direitos fundamentais, que protegidos pelo sistema de garantias constitucionais, não são suscetíveis a medidas de retrocesso, redução ou anulação das diretrizes relativas à sua promoção.

2.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Para Fachin, o objeto das constituições, no percurso histórico, ampliou-se consideravelmente, passando da limitação do poder e direitos individuais até o exemplo da Constituição brasileira de 88, que além da organização do poder, garante os direitos fundamentais, seja no âmbito individual ou social e coletivo:

O objeto das Constituições varia no tempo e no espaço. Na origem do constitucionalismo moderno, a Constituição estabelecia a separação dos poderes (funções) e assegurava um rol de direitos individuais. As primeiras Constituições, como a norte-americana e a francesa, tinham objeto estreito: limitavam o poder e protegiam alguns direitos individuais. A própria Constituição brasileira de 1824 seguia esse modelo.

Com o passar do tempo, contudo, seu objeto foi se ampliando, em razão das circunstâncias sociais que se alteraram. A partir da segunda metade do século XX, especialmente, as Constituições passaram a tratar de matérias as mais variadas, ampliando significativamente seu objeto. Trata-se de um processo lento, porém inexorável.

O objeto da Constituição brasileira de 1988 é bastante amplo. A Constituição trata da organização do Estado, limita o poder político e assegura os direitos fundamentais; protege o meio ambiente, a saúde a família, a criança, o adolescente, o idoso; estabelece normas que regem a administração pública, as finanças públicas, a tributação, a economia, a previdência social, a reforma agrária, a educação, a segurança pública, os índios etc. (Fachin, 2015, p.113)

Com relação a eficácia, destaca vários dispositivos constitucionais que ordenam o efeito imediato para os direitos fundamentais, incluindo-se o preâmbulo da Constituição:

Estão relacionados à aplicabilidade da Constituição. Exemplos: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); o pluralismo (art.1º, inciso V); os objetivos do Estado brasileiro (art. 3º), a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art.5º, § 1º) e o preâmbulo da Constituição. (Fachin, 2015, p.114-115)

Ferreira esclarece que uma constituição não pode explorar expectativas e direções que não mantenham sintonia com o contexto histórico social a que se destina:

Realidade social e Constituição. O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais da sociedade, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de

forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével. (Ferreira, 2002, p.08)

Dessa maneira, deve ter a capacidade de escolher elementos reais de poder que emanam dos grupos de trabalhadores, do sistema econômico e financeiro até das crenças espirituais presentes numa sociedade:

Destarte, pode-se verificar o elemento decisivo formando a marca dominante de uma Constituição: ela é a lei fundamental do Estado, ou, por outras palavras, a ordem jurídica fundamental do Estado. Essa ordem jurídica fundamental se baseia no ambiente histórico-social, econômico e cultural onde a Constituição mergulha as suas raízes.

As Constituições são, assim, documentos que retratam a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas que agem sobre a organização dos Estados. (Ferreira, 2002, p.09)

Conclui esse autor, lembrando que a evolução do sistema econômico, fez com que influências socialistas integrassem também constituições de países capitalistas:

Algumas Constituições atuais receberam influência do socialismo, como as diversas Leis Fundamentais da União Soviética de 1923, 1936 e 1977, bem como as da China marxista de 1954 e 1982, entre outras. Essa influência decresceu com a extinção da União Soviética e a nova Constituição da CEI (Comunidade dos Estados Independentes), promulgada em 1994, e que a substituiu como entidade política de conteúdo ideológico diferente.

Mesmo alguns países capitalistas admitiram uma infiltração socialista. Rui Barbosa declarou nos seus Comentários à Constituição Federal brasileira (Rio de Janeiro, 1932, v. 1, p. 38): "As constituições são consequência da irresistível evolução econômica do mundo". E prognosticou o seu futuro: "As novas constituições têm ainda por norma as declarações de direitos consagrados no século XVIII. Suas fórmulas já não correspondem exatamente à consciência jurídica do universo. A inflexibilidade individualista dessas cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder ao sopro de socialização que agita o mundo. (Ferreira, 2002, p.10)

Para Bastos, mesmo o Estado, quando em choque com a ordem jurídica deve curvar-se aos mandamentos do Direito:

O próprio direito tem a sua importância decisiva na constituição do Estado. Mais do que o próprio direito, o apelo para uma das suas técnicas, a da personificação, hoje adotada talvez pela unanimidade dos Estados modernos. Com exceção da Inglaterra, todos os Estados subjetivam, personalizam a sua figura, visando com isto objetivos de ordem racional, facilitando destarte o funcionamento do mecanismo jurídico, como também

submetendo o Estado mais rigidamente às regras do próprio direito. (Bastos, 1997, p.12)

Aprofundando a questão, demonstra a importância não somente da limitação de poder exercido pelo Direito, mas em igual importância a missão jurídica de exigir do Estado o cumprimento rigoroso das leis por ele estabelecidas:

Fica sempre no ar, entretanto, uma questão: o Estado se subordina inteiramente ao direito? Podemos falar com procedência num Estado de Direito? De início pode parecer muito difícil a aceitação dessa tese, uma vez que, se é o próprio Estado que cria o direito, através da sua atividade Legislativa; se são, em última análise, órgãos dos próprios Estados os incumbidos de aplicar o direito, de sancionar aquele que o descumpre, poder-se-ia de fato sempre acreditar que a submissão do Estado ao direito é impossível. O direito se prestaria à dominação dos súditos, mas não se prestaria à submissão do próprio Estado.

(...)

Além disso é imprescindível a percepção de dar-se a contenção do poder não só por limitações de ordem formal — como até agora vínhamos expondo — mas também pela existência de limitações de ordem material, vale dizer, por regras que impedem o Estado de invadir as esferas próprias dos indivíduos e de dos grupos sociais menores. São, portanto, os instrumentos jurídicos de garantia. (Bastos, 1997, p.17)

Para Ferreira Filho, uma Constituição que resguardasse o político, o social, o jurídico e a economia e protegesse sua integração, seria chamada de Constituição total ou integral:

Aplicado ao Estado, o termo "Constituição" em sua acepção geral pode designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. E na verdade tem ele sido empregado — às vezes — para nomear a integração de todos esses aspectos — a Constituição total ou integral. (Ferreira Filho, 1989, p.10)

Para esse autor, o Estado Providencialista ou Social, consiste em ponto de equilíbrio, onde as liberdades individual e universal coexistem num mundo de oportunidades igualitárias, como é o caso da promovida pela Constituição brasileira:

Num ponto entre essas duas opções, ponto esse que nem procura ser equidistante nem pretende ser uma superação dialética, situa-se a democracia providencialista, ou democracia econômica e social.

Nela predomina o valor liberdade, pois insiste em salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das

oportunidades, decorrente de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social. Daí a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

A cosmovisão inerente a essa opção reconhece a fundamental liberdade humana e não ignora o condicionamento social que ela sofre. Se não admite que haja na História um sentido determinado, vê bem que as situações presentes condicionam as de amanhã. O homem faz a História, mas não a molda exclusivamente segundo seus caprichos. Seus ideais conformam o universo, respeitadas sempre as limitações estruturais da massa que modela. Essa concepção providencialista é que vivifica hoje a democracia representativa em geral e a brasileira em particular. Daí decorre coexistirem nela a liberdade-autonomia (os direitos individuais) com a liberdade-participação (sufrágio e elegibilidade "universais"), a isonomia com a igualdade de oportunidades (propugnada na ordem econômica e social). (Ferreira Filho, 1989, p.86-87)

Nesse sentido, a educação tem um papel predominante, pois deve preparar o indivíduo para ser o protagonista da sua emancipação:

Para que o indivíduo se possa governar por si no mundo, exige o direito universal que atinja uma certa idade que faz presumir o seu amadurecimento. Da mesma forma, para que um povo se possa governar, é preciso que atinja certo grau de maturidade que não se resume na maioria de seus membros, os eleitores.

O governo do povo pelo povo pressupõe em primeiro lugar um certo nível cultural (e não apenas um certo nível de alfabetização) desse povo. Qual seja esse nível é difícil determinar, embora possível.

Tal nível implica, em primeiro lugar, que esse povo saiba ser possível mudar da rotina o seu destino, ou seja, é necessário que se liberte de comportamentos impostos por tradições e tabus que o induzam ao conformismo com sua situação. É preciso que, em segundo lugar, esteja livre de dominações tradicionais que o prendam a chefes como cliente, ou vassalo. É indispensável, em terceiro lugar, que tenha um mínimo de instrução que o habilite a compreender e apreciar a informação. Urge ainda que esse povo esteja de acordo sobre qual seja o governo legítimo. Cumpre também que tenha senso de responsabilidade, tolerância e respeito pelos dissidentes. Implica, enfim, que tenha um mínimo de experiência no trato da coisa pública. (Ferreira Filho, 1989, p.87- 88)

Para Mendes e Branco, a questão repousa na aceitação dos direitos fundamentais sociais com aplicação imediata, superando a condição de norma programática. Destacam que esses direitos além de fundamentais também são subjetivos e se traduzem no embasamento jurídico do Estado Democrático de Direito:

A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua aceção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (Mendes e Branco, 2014, p.631)

Bonavides, destaca que sem a presença de um sistema constitucional, a Constituição não teria força para impor sua eficácia perante a sociedade. As necessidades sociais são amplas e complexas, somente recepcionadas pelo pensamento sistêmico, conseguem romper o caráter formalista da Constituição impregnada de uma lógica rígida e abstrata:

Daqui surge o claro imperativo de colocar a Constituição escrita num sistema: o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.

Essa inserção da Constituição formal num sistema material e orgânico só busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição kelseniana — constitucionalismo jurídico impotente perante a Constituição real como, por outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nestas, a privação de juridicidade importa sempre subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas.

Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, a Constituição formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social, mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico. (...)

Não é tão fácil estabelecer o contraste entre a Constituição jurídica ou normativa e a Constituição real ou fática, porquanto essa separação tende, de um lado, a esquecer que a Constituição jurídica é também parte daquela realidade, pela própria eficácia normativa mínima de que se acha sempre dotada, e, por outro lado, não deixa bastante claro que a Constituição real, conjunto de forças sociais politicamente atuantes por sua múltipla natureza econômica, cultural, militar, religiosa, profissional etc., não se confunde com a Sociedade mesma, uma vez que esta última há de ser vista também pelo ângulo de sua neutralidade ou abstração ao influxo imediato de valores políticos, constituindo, assim, realidade à parte, ou, segundo melhor entendimento, a ambiência mais ampla e coletiva, onde se insere a Constituição real ou realidade constitucional. (Bonavides, 2016, p.97-99)

Bonavides, a respeito da eficácia dos direitos sociais, culturais e coletivos, enfatiza que estão em ascensão, do ponto de vista da sua exigência por meio de instrumentos processuais de proteção, eis que a Constituição brasileira acatou a eficácia imediata para os direitos fundamentais:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Bonavides, 2016, p.578-579)

Conforme delineado por Fachin, os direitos fundamentais são frutos de um longo processo evolutivo da sociedade. Vetores da política, economia, cultura e principalmente do direito contribuíram para que os estudiosos pudessem admiti-los em dimensões:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão vinculados ao princípio da liberdade. São direitos civis e políticos, que passaram a ser objeto das preocupações de estudiosos a partir do século XVIII (...)

Esses direitos não foram concedidos pelo Estado, mas conquistados contra a força do poder exercido arbitrariamente. Eles podem ser encontrados, de modo mais visível, na Magna Carta, na Petição de Direitos, na Lei do Habeas Corpus, na Declaração de Direitos, na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos. Mas não estão ausentes da Carta das Nações Unidas, da Proclamação de Teerã e da Declaração e Programa de Ação de Viena (...)

Os direitos fundamentais de segunda dimensão estão vinculados ao princípio da igualdade. São direitos econômicos, sociais e culturais que floresceram no século XX. Consistem no resultado das lutas travadas por uma pluralidade de atores sociais, em várias partes do mundo, contrapondo-se aos interesses da burguesia(...)

Se os direitos de primeira dimensão impõem a abstenção do Estado, os de segunda exigem que o Estado atue positivamente para efetivá-las. O Estado pode atuar diretamente em favor desses direitos, mas pode, também, ensejar a participação de outras instituições e mesmo de pessoas da coletividade, que deverão atuar com o propósito de concretizá-los.

(...)

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX, estão vinculados à solidariedade (fraternidade). Especificam-se nos direitos à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade (...)

Esses direitos não podem ser cindidos. Protegê-los e concretizá-los significa estendê-los indistintamente a outras pessoas. O direito usufruído por uma pessoa irá, de modo inevitável, ser estendido a um número indeterminado de pessoas (...)

O século XXI estaria ensejando uma quinta dimensão de direitos fundamentais. A origem dessa nova dimensão de direitos fundamentais remonta ao final do século XX. Já afirmamos que "O século XX foi marcado pelo extermínio de vidas humanas. Ele será lembrado para sempre como o século dos genocídios, das guerras mundiais, dos campos de concentração, das bombas atômicas, dos atos terroristas, dos desaparecimentos forçados, do apartheid, das destruições em massa de vidas humanas (civis e militares), das 'limpezas étnicas', da destruição do meio ambiente e da prática da tortura".

A incerteza e a insegurança rondam lares de bilhões de pessoas por todas as partes do mundo, colocando em risco a manutenção da paz. A escassez deste bem fundamental para a Humanidade a paz projeta-se para o século XXI (...)

Afirma-se, agora, a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, exemplo de direito fundamental de terceira dimensão, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais.

O estudioso cientificamente comprometido sempre atento ao passado e pronto a descortinar o futuro — precisa ser fiel intérprete do seu tempo. E as circunstâncias concretas do tempo atual justificam a construção de uma nova dimensão de direitos fundamentais. A escassez de água potável no mundo, sua má distribuição, seu uso desregrado e a poluição em suas mais diversas formas geraram uma grave crise, a comprometer a subsistência da vida no Planeta. Em outras palavras, a escassez de água potável é um problema crucial. Logo, essa carência gera a necessidade de novo direito fundamental. Em outro dizer, tais circunstâncias da vida concreta têm a força suficiente para partejar novos direitos fundamentais, visto que estes vão nascendo gradativamente, no curso natural da História, mas como resultado de lutas travadas pelo esforço humano. (Fachin, 2015, p.224 a 228)

Na primeira dimensão estão os direitos individuais. A vida, a liberdade, a propriedade, a capacidade de votar e ser eleito e dessa forma constituem a cidadania.

Na segunda dimensão estão as diversas modalidades de liberdade social, onde as pessoas atuam em grupo no exercício da sua representação e expressão pública.

Na terceira dimensão o enfoque foi garantir uma perspectiva globalizada sobre qualidade de vida, coletividade, solidariedade e preocupação com meio ambiente,

caracterizando o chamado direito difuso. Justificando inclusive a intervenção estatal na promoção desses valores.

Na quarta dimensão situam-se os questionamentos genéticos, reflexões sobre a humanidade e minorias, tecnologia, compondo o cenário da bioética.

Na quinta dimensão o tema da paz surgiu como uma preocupação central capaz de promover a análise de todos os direitos das demais dimensões em sua relação. Reforçando ainda mais a ideia de que uma cidadania só será plena quando existir a reciprocidade material para todas as pessoas sem distinção em qualquer país, portanto um direito inalienável.

Atualmente a água potável constitui-se num bem tão escasso, seja pela poluição ou falta de distribuição, que cola em risco a vida no planeta. Essa situação, tem força para exigir um novo direito fundamental, na perspectiva de uma sexta dimensão.

Na segunda dimensão, os direitos sociais, descritos no artigo 6º da Constituição Federal de 88, foram também recepcionados como fundamentais, pelo constitucionalismo pátrio. São esses direitos econômicos, sociais e culturais que garantem as principais necessidades e aspirações para uma vida digna, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados, em si os bens que concretizam a dignidade humana.

Compartilha dessa visão Esteves, que destaca que os direitos sociais estão disponíveis para concretização imediata do ponto de vista normativo, conforme artigos 1º e 5º da Constituição Federal. Aponta que o constituinte quando os considerou fundamentais, quis garantir sua aplicação, ainda que no futuro houvesse omissões relativas à sua regulamentação ou por ineficiência dos poderes constituídos (legislativo e executivo), permitindo nesses casos, que o judiciário os suprisse por meio da sua atividade:

Quando o constituinte conferiu aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais, certamente teve a intenção de evitar, que estes direitos deixassem de ser aplicados em caso de omissão legislativa. Sendo assim, a aplicabilidade imediata leva ao fato de que os direitos e garantias fundamentais não dependem somente da atuação do Legislativo ou do Executivo. Isto quer dizer, que se não há qualquer norma constitucional ou legislativa que fixe limites e condições para exercício de

direitos fundamentais, não se pode impedir o exercício do direito em virtude de omissões dos poderes constituídos.

Certamente, estes direitos podem ser regulados por meio de emendas constitucionais ou de legislação infraconstitucional. Por meio de emendas é possível fixar limites a um direito fundamental tendo em consideração que nenhum direito pode ter caráter absoluto, especificamente quando invade o de outro direito. Por sua vez, a legislação ordinária fixar regras que definem as condições para o de direito fundamental, também como forma de direitos fundamentais. Estas limitações e definições de para o exercício atuam no sentido de conferir uma maior taxatividade que diminuiu indeterminações. Entretanto, existem limites para as próprias limitações uma vez que uma limitação extrema que viesse a impedir completamente o exercício de um direito fundamental levaria à sua derrogação ou abolição, o que é impeditivo constitucionalmente uma vez que se constituem em cláusulas pétreas conforme prescrito constitucionalmente (art. 60 § 4º da CF). (Esteves, 2016, p.224-225)

Os direitos sociais se constituem em uma condição real para liberdade e autonomia das pessoas e também na concretização dos objetivos da República.

Para Esteves, os objetivos da República constituem as diretrizes da Constituição brasileira de 1988, eles devem ser analisados numa perspectiva que integre aos fundamentos dos atos estatais, o cumprimento dos objetivos determinados, correlacionando-os com os direitos fundamentais:

Os fundamentos da República, inscritos no art. 1º da Constituição, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, aliados aos objetivos descritos no seu art. 3º, que consistem em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, se constituem em diretrizes do Estado brasileiro.

Quanto aos direitos fundamentais, além dos direitos individuais clássicos previstos no art. 5º e sistematizados neste mesmo artigo e em outros dispositivos, apresentam uma forte presença de direitos sociais, que abrangem a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância (arts. 6º a 11) e sistematizados no título da Ordem Social (arts. 193 a 232), e devem ser interpretados — no seu conjunto - como estando conjugados às diretrizes normativas. Disto, podemos depreender que, sob uma perspectiva sistemática, os direitos fundamentais devem orientar a realização dos objetivos da república sem deixar de observar os fundamentos desta. Entretanto, também é possível inferir que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que são prescritos como direitos lastreados nos fundamentos do Estado, possibilitam e norteiam a interpretação destes. (Esteves, 2016, p.216 a 218)

Em perspectiva similar, Schwarz assinala que esses direitos estão previstos e reconhecidos em vários dispositivos internacionais, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948 e firmada pelo Brasil na mesma data.) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC):

Os direitos sociais integram, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o catálogo dos direitos humanos, pois “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), destacando-se especialmente, no âmbito da Declaração Universal, como direitos humanos, o direito ao trabalho e ao lazer (arts. 23 e 24), à saúde, à alimentação, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (art. 25), e à educação (art. 26).

Além disso, os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e do “Protocolo de San Salvador” (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Essas grandes declarações de direitos destacam-se, em relação aos direitos sociais, pela consideração, em comum, nos seus preâmbulos, da estreita relação que existe entre a vigência (eficácia) dos direitos sociais e a vigência (eficácia) dos direitos civis e políticos, reconhecendo que as diferentes categorias de direitos — civis, políticos, sociais — constituem um todo indissolúvel que encontra a sua base na dignidade humana, razão pela qual esses direitos exigem — todos — tutela e promoção permanentes, com o objetivo de alcançar-se sua vigência (eficácia) plena, sem que jamais se possa justificar a violação de uns a pretexto da realização de outros.

Dessa forma, pode-se afirmar que todos esses direitos humanos fundamentais têm como fundamento a dignidade humana e são indivisíveis e interdependentes. A realização dos direitos sociais é imprescindível à existência real — substantiva — de direitos civis e políticos, cuja concretização e exercício pleno requerem a superação de necessidades humanas básicas. Por outro lado, os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais. Assim, o desenvolvimento de um direito facilita o desenvolvimento de outros direitos; da mesma forma, a carência de um direito também afeta os outros direitos, debilitando-os. (Schwarz, 2013, p.26-27)

Posteriormente, acrescidos ao “Protocolo de San Salvador” (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais):

O art. 1º do “Protocolo de San Salvador” dispõe que “Os Estados-Partes (...) comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), adotado durante o 18 Período Ordinário de Sessões da Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (17 de novembro de 1988), entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, em conformidade com o disposto no seu art. 21. O texto do Protocolo, em plena vigência no Brasil, foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro em abril de 1995 (Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995) e foi promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, incorporando-se, então, à legislação nacional. (Schwarz, 2013, p.27)

Os referidos catálogos internacionais, harmonizam-se no reconhecimento recíproco de que os direitos sociais em nível de vigência e eficácia, equiparam aos direitos civis e políticos. Portanto, compondo um conjunto indissolúvel amparado na dignidade humana. Tais garantias exigem contínua promoção e concretização, sem distinção entre elas:

Nesse sentido, v. os preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do “Protocolo de San Salvador”. As concepções de vigência e de eficácia, como propriedades relacionadas, mas diferenciadas, da norma jurídica serão abordadas oportunamente, no curso desta obra. Por ora, basta ressaltar que as normas internacionais, ao proclamarem a necessidade de vigência plena dos direitos humanos fundamentais, estão, também, proclamando a necessidade de sua eficácia. (Schwarz, 2013, p.27)

Dessa forma, pode-se afirmar que todos esses direitos humanos fundamentais têm como fundamento a dignidade humana e são indivisíveis e interdependentes. Não sendo possível relacioná-los somente à população em situação de vulnerabilidade (mínimo existencial).

Esse tema envolve todas as populações, pondo em destaque a dignidade humana revestida como as respectivas condições materiais para uma vida digna.

O processo de reconhecimento, seja no âmbito internacional, ou nas constituições dos países signatários, impõe compromissos positivos e negativos aos poderes instituídos e também em relação à população, como principal destinatária desses benefícios:

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais — e a sua consequente integração à ordem jurídica interna de cada país—, embora não possa ser associado a um processo linear, cronológico e unívoco (porque não existe um padrão único no reconhecimento dos direitos sociais pelos diferentes países, concomitantemente reivindicados e atribuídos, conquistados e concedidos), impõe obrigações, positivas e negativas, aos poderes públicos — e também, em maior ou menor grau, aos particulares (— , concernentes à satisfação de tais necessidades e, em consequência, à efetiva promoção do desenvolvimento humano. (Schwarz, 2013, p.29)

Para Schwarz, o ser humano só poderá realizar-se concretamente quando poupado do medo e da miséria, situações que demandam benefícios econômicos, culturais e sociais. Defende esse autor, que sem a concretização desses direitos, aqueles contidos na primeira dimensão se desintegram:

O que defendemos, em síntese, é que a ideia corrente, segundo a qual os direitos sociais são direitos de “segunda geração”, enquanto os direitos de propriedade seriam de “primeira geração” (Em 1979, Karel Vasak, empregando pela primeira vez a expressão “geração de direitos”, propôs, no Instituto Internacional de Direitos do Homem (Estrasburgo), uma classificação dos direitos do homem segmentando-os segundo três “gerações”, baseada basicamente nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, conforme a marca (supostamente) predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que deram identidade a cada uma dessas fases, buscando, metaforicamente, associá-las à revolução francesa (liberté, égalité, fraternité): a primeira, relacionada com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII (liberté); a segunda, relacionada com os movimentos sociais democratas e com as revoluções comunistas (égalité); e a terceira, relacionada às histórias tristes da Segunda Guerra mundial e à onda de descolonização política que a seguiu (fraternité). V., (...)

O que pretendemos demonstrar, nesse contexto, é que não podemos garantir direitos sociais a partir do pressuposto da prévia e necessária realização dos direitos civis e políticos, exclusivamente, tampouco o contrário: o ideal do ser humano livre, liberado do medo e da miséria, não se pode realizar concretamente a menos que se criem as condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais tanto quanto de seus direitos civis e políticos. (Schwarz, 2013, p.34-35)

Na questão da eficácia dos direitos sociais, Roque destaca que no Brasil são aceitos como direitos fundamentais. Eventual ausência de órgãos específicos para sua execução, não retira seu status de direitos subjetivos, assim como sua eficácia imediata para serem exigidos como prestações positivas:

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais têm sido reconhecidos pela doutrina como tendo caráter de direitos fundamentais do homem-social,

constituindo um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades. (...) Mesmo que dependam do estabelecimento de instituições para sua realização, não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de a estrutura necessária não existir. (...) (Roque, 2005, p.34)

Conforme demonstrado, na atualidade está consolidado o entendimento de que diante do crescente fenômeno da exclusão social nas democracias atuais e a pressão social e política, seja no âmbito internacional ou interno, e em especial com a determinação expressa da Constituição brasileira, é legal e indispensável o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais-sociais, sem justificativas que possam retirar-lhes o patamar de direitos subjetivos.

Dessa forma, aceita-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais e sociais, necessários para a legitimação do Estado Democrático de Direito, sem oposições doutrinárias que possam impedir na área administrativa ou jurisdicional.

2.3 OS NOVOS INSTRUMENTOS E A RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA

Para Carvalho, a ausência de ferramentas materiais e processuais não permitiam a proteção real desses valores em relação a força do desenvolvimento econômico. A Constituição Federal de 88 foi o marco histórico que impulsionou o desenvolvimento das referidas ferramentas:

A tônica sempre crescente desses valores, bens, e direitos se tomou corrente no século XX. Mas sua implementação tanto no plano normativo quanto na efetivação ainda hoje, não foi acolhida com plenitude, apesar de representar uma alteração substancial para a contínua melhoria em buscar a equiparação real e substancial entre os indivíduos.

Esses novos valores, bens, e direitos contemporâneos têm natureza jurídica difusa. Eles estão sob a custódia do Estado, mas também da sociedade, haja vista que de todos se exige a preservação, proteção e respeito mútuo, como, por exemplo, a proteção e preservação do meio ambiente, das relações de consumo, do idoso, da criança e do adolescente.

São direitos cujos titulares se encontram difusos na sociedade. Direitos que pertencem a cada um e a todos ao mesmo tempo. São direitos de “terceira geração”, chamados também fraternais, pois em princípio, congregam todos os seus titulares.

A necessidade de se proteger e preservar esses novos valores, bens e direitos contemporâneos fez com que o mundo se deparasse com uma nova vertente, a vertente mundial que ressoou a partir da década de 70 (1970) do milênio passado, fazendo com que, especialmente, a tônica da necessidade de preservar o meio ambiente se tornasse uma realidade palpável a exigir a adoção de medidas condizentes com os crescentes desastres ecológicos que se sucederam.

Essa nova categoria foi erigida no plano do ordenamento jurídico como condicionadora de uma nova realidade, exigindo-se uma tutela especial, específica e ao mesmo tempo ampla, de modo que seus titulares, estando difusos na sociedade merecessem um tratamento diferenciado, especialmente do ponto de vista da tutela ativa desses bens e direitos.

Essa categoria de direitos é reconhecida como daqueles indispensáveis à satisfação das necessidades, comodidades e utilidades para o indivíduo, para o homem, para o cidadão, para a empresa e para o empresário, que clamam por uma tutela jurisdicional diferenciada, cujo mecanismo de proteção não pode ser oferecido pelo modelo das estruturas materiais e processuais clássicos, mercê de essas estruturas serem erigidas no indivíduo e que não atendiam e não atendem à dinâmica e à realidade do mundo contemporâneo. (Carvalho, 2013, p.101-102)

Nesse contexto, a ausência da proteção jurisdicional tinha raízes, ainda no século XIX, onde o que predominava era uma interpretação literal e conseqüentemente anacrônica em relação a injusta realidade social. Transpondo até

a metade do século XX uma ideia hermenêutica jurídica de natureza cognitiva fechada.

Desde a Revolução Francesa com a criação do Estado-Burguês ainda que o arcabouço jurídico criado para manutenção do estado tivesse a marca do interesse privado as promessas do movimento revolucionário consolidaram o ideal democrático e por via de consequência o pensamento de um equilíbrio social.

No século XIX, o movimento cultural se caracterizava por acreditar que havia conquistado um equilíbrio social, baseado no natural ajuste das liberdades individuais:

(...) Era uma consequência da autonomia que, no direito romano clássico, era desfrutada pelo direito privado em relação ao direito público, da doutrina dos modos originários de aquisição da propriedade (através da ocupação e do trabalho) e dos modos derivados (através do contrato e da sucessão), modos — tanto uns como outros — que pertenciam à esfera das relações privadas, que se desenvolviam fora da esfera pública. Para não remontar a um passado muito distante, era bem conhecida a teoria de Locke, um dos principais inspiradores da liberdade dos modernos, segundo a qual a propriedade deriva do trabalho individual, ou seja, de uma atividade que se desenvolve antes e fora do Estado. Ao contrário do que hoje se poderia pensar, depois das históricas reivindicações dos não-proprietários contra os proprietários, guiadas pelos movimentos socialistas do século XIX, o direito de propriedade foi durante séculos considerado como um dique — o mais forte dos diques — contra o poder arbitrário do soberano. Foi Thomas Hobbes, talvez o mais rigoroso teórico do absolutismo, que teve a audácia de considerar como uma teoria sediciosa (e, portanto, merecedora de condenação num Estado fundado nos princípios da razão) a que afirma "que os cidadãos têm a propriedade absoluta das coisas que estão sob sua posse. (Bobbio, 1992, p.95)

Diante dessa perspectiva, a função do intérprete consistia em entender a lei conforme os objetivos nela contidos e escritos.

A limitação à interpretação era compreendida como inevitável, se exigindo em consequência, que as leis fossem nítidas e concretas, diminuindo dessa maneira as possíveis variações que poderiam introduzir os que fossem aplica-las.

Esta interpretação, defendida pela escola de Exegese, é melhor entendida se considerar que naquele momento histórico surgirá a Democracia Liberal, com uma clássica concepção individualista do Estado de Direito. A ideologia liberal não via com bons olhos as interferências que o poder realizava nas relações sociais:

Essa escola firmou conceitos e métodos de investigação que se tornaram perenes e, ainda que camuflados ou ligeiramente alterados, vivem fortemente na Ciência Dogmática do Direito contemporâneo.

Diga-se, de início, que o exegetismo não negou o Direito natural, pois admitia que os códigos seriam elaborados de modo racional e, portanto, representariam a face humana do Direito natural.

A legislação seria elaborada num sistema normativo codificado, visando a garantir os direitos subjetivos do homem que, por sua vez, estavam pressupostos nas normas da natureza. Os códigos seriam a concretização dos ideais jusnaturalistas.

Daí poder-se dizer que lei é direito, porquanto ela reflete racionalmente o Direito natural.

Exegese, como se sabe, significa o comentário minucioso ou a interpretação de um texto ou palavra.

Esse Direito elaborado trazia também a grande vantagem da segurança e da certeza, já que tudo o que se buscava estava nos textos. Bastava interpretá-los.

A interpretação jurídica dos textos de leis ganhou, então, absoluta relevância. E, como todo o Direito transformara-se no corpo escrito legislado, era ali mesmo que se buscariam as regras de interpretação capazes de solucionar os problemas que surgissem.

A idolatria ao Código de Napoleão punha ao intérprete um limite claro: o exegeta devia entender os textos e nada mais e nesse trabalho tinha de descobrir a intenção (vontade) do legislador.

A tese dos exegetas, da concentração da competência exclusiva para legislar no Legislativo, reduziu o direito à lei. E também reduziu a função do intérprete e do julgador a uma função mecânica, de lógica dedutiva.

Sendo a lei a única fonte das decisões jurídicas, a resolução de um problema dar-se-ia, então, na conclusão de um silogismo, no qual a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o enunciado do fato concreto apresentado como problema a se solucionar, e a conclusão corresponderia à resolução do problema.

A conhecida Escola da Exegese no Direito teve seu apogeu após a promulgação do não menos famoso Código de Napoleão, em 1804. Esse código unificou o Direito Civil francês e, tido como a expressão mais completa do Direito, tornou-se marco importante para o surgimento da crença de que o Direito é o direito posto — a legislação. (Nunes, 1996, p.39-40)

Conforme Montoro, este pensamento refletia modelos tradicionais, com apelo legalista baseado principalmente no sentido gramatical:

O sistema tradicional ou legalista, que abrange diferentes tendências "dogmáticas" ou "legalistas", e ao qual se vinculam as escolas dos Glosadores, da Exegese, e racionalistas em geral, caracteriza-se inicialmente: a) por prender o direito aos textos rígidos, como se fossem dogmas, e b) procurar aplicá-los rigorosamente de acordo com a vontade do legislador.

Daí uma série de práticas como a dos "glosadores" medievais e "comentaristas" que examinavam artigo por artigo, sob o ponto de vista gramatical, as palavras e frases da lei, isoladas do seu contexto, e indiferentes às modificações históricas e sociais.

Daí também, em época posterior, o emprego de processos para descobrir "intenção do legislador" e reconstruir o seu pensamento, através do exame dos trabalhos preparatórios da lei, como os projetos e sua justificação, emendas, pareceres e discussões parlamentares etc. Exegese, do grego *ex gestain*, significa "conduzir para fora". Em qualquer hipótese, o papel de

intérprete se reduz a aplicar precisa e mecanicamente a regra querida pelo legislador, ainda que há 100 ou 200 anos antes. (Montoro, 1999, p.376)

Essa ideologia considerava a lei como algo inevitável e fundamentalmente para autorizar a intervenção do estado na vida social. Tal ato deveria produzir o máximo de benefício ao maior número de pessoas, era necessário que atendesse a intenção do legislador. Dessa forma a escola de Exegese na França e os Pandectistas na Alemanha, somente responderam as exigências e ideias do momento:

Os pandectistas eram juristas alemães, especializados em direito romano, que, do século XVII ao XIX, elaboraram a Teoria Geral do Direito Civil, até hoje dominante, que serviu de base à formulação dos demais conceitos jurídicos. Deram origem à corrente do pensamento jurídico alemão denominada conceitualismo jurídico ou jurisprudência conceitual, que faz depender o conhecimento científico do direito de conceitos jurídicos básicos, elaborados pelos pandectistas partindo do direito romano, isto é, das Pandectas (164, nota I O), adaptado à realidade alemã dos séculos XVIII e XIX. Considera não ter lacunas o direito, por ser possível nele encontrar-se sempre a solução para qualquer problema jurídico. (Gusmão, 2006, p.390)

Reale registra que posteriormente a Revolução Francesa, com o advento do código civil de Napoleão, iniciava-se um modelo de organização da vida civil, onde a lei escrita assumiu com papel de relevância:

Surgia, assim, o Código Civil, como expressão da vontade comum, não admitindo qualquer concorrência por parte dos usos e costumes e, também, por parte de elaborações legislativas particulares.

A lei exsurtiu a plano tão alto que passou a ser como que a única fonte de direito. O problema da Ciência do Direito resolveu-se, de certa maneira, no problema da interpretação melhor da lei.

Havia duas verdades paralelas: o Direito positivo é a lei; e, uma outra: a Ciência do Direito depende da interpretação da lei segundo processos lógicos adequados.

Foi por esse motivo que a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes que, durante várias décadas, constituíram o embasamento da Escola da Exegese.

Sob o nome de "Escola da Exegese" entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito. Dizia, por exemplo, Demolombe que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações. (Reale, 2002, p.278)

Quando a ideologia liberal entrou em crise, como consequência da insuficiência da coordenação espontânea das liberdades, deu força ao elemento experimental, nos moldes do pensamento empírico exegético, buscando restaurar os limites do intérprete, entorno da sua fonte maior, que era a lei.

Para compreender a vontade do legislador, começaram a investigar os trabalhos legislativos preparatórios, os costumes anteriores, a tradição histórica, ou seja, concluíram que a vontade do legislador, só se revelava no espírito da lei.

Dessa maneira, reconheceram a ideia de que a hermenêutica jurídica manifesta a estrutura histórico-cultural que ela mesma integra e se desenvolve, portanto, só podendo ser compreendida nesse contexto. Esse processo foi descrito por Reale:

Verificou-se, então, compreensível desajuste entre a lei, codificada no início do século XIX, e a vida com novas facetas e novas tendências. As pretensões de "plenitude legal" da Escola de Exegese pareceram pretensiosas. A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado. Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.

Foi especialmente sob a inspiração da Escola Histórica de Savigny que surgiu outro caminho, a chamada interpretação histórica. Sustentaram vários mestres que a lei é algo que representa uma realidade cultural, — ou, para evitarmos a palavra cultura, que ainda não era empregada nesse sentido, — era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo. Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável.

Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. E indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também a fim de ajustá-la às situações supervenientes.

Não basta, pois, querer descobrir a intenção do legislador através dos trabalhos preparatórios da legislação, que é mera história externa do texto, pois é necessário verificar qual teria sido a intenção do legislador, e a sua conclusão, se no seu tempo houvesse os fenômenos que se encontram hoje diante de nossos olhos. Que teria resolvido o legislador se, no seu tempo, já existissem tais e quais fatos que hoje constituem uma realidade indeclinável de nossa vida social? (Reale, 2002, p.281-282)

Assim, surgiu a escola Histórica, que apesar de utilizar método similar ao da Exegese, acabou por se confinar na ideia de que deveria descobrir o espírito do povo e não o da lei, nessa ótica somente o direito presente nos usos e costumes e na tradição é que merecia ser sistematizado e normatizado:

Foram os alemães Gustavo Hugo, Puchta e, especialmente, Savigny, este como seu grande promotor, que no início do século XIX desenvolveram a Escola Histórica.

Opondo-se à Escola da Exegese, mas mantendo o mesmo método, a Escola Histórica afirmava que o verdadeiro Direito residia nos usos e costumes e na tradição do povo. E a história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades, que forma o Direito.

O legislador não cria o Direito. Apenas traduz em normas escritas o Direito vivo, latente no espírito popular. Ao contrário da descoberta do espírito da lei, pregado pela Escola da Exegese, procurava-se o espírito do povo.

A analogia feita pela Escola Histórica entre a formação do Direito e a da língua ilustra a sua posição: a língua nasce na própria fala concreta do povo, cabendo ao gramático depois sistematizá-la, mas as regras gramaticais só podem ser genuínas e obrigatórias se baseadas na língua viva popular.

Assim é, também, o Direito, como expansão da concreta conduta popular. Ele começa no comportamento consuetudinário (costumeiro) do povo, que, por sua vez, nasce da convicção do que é necessário e justo. (Nunes, 1996, p.42)

Mais tarde, surgiu a necessidade de uma sistematização, pois cada norma jurídica tinha um lugar específico, nessa oportunidade, criou-se a interpretação lógico-sistêmica.

Este esforço em concentrar o direito na legislação, acabou por criar um sistema fechado e completo, sem lacunas ou problemas que não pudessem ser solucionados, já que passaram a admitir a analogia como alternativa. Tal situação permitiu um retorno a rigidez cognitiva inicial:

Posteriormente, percebeu-se que as várias leis tinham de ser sistematizadas, porquanto cada uma delas tinha seu lugar próprio, dentro do sistema legislativo, com adequação e importância diferenciadas, sendo certo que, inclusive, algumas leis preponderavam sobre outras.

A técnica adequada para realizar a exegese dessas leis, postas nessa variedade num sistema, é a da interpretação lógico-sistemática, que passou a ser utilizada.

Esse positivismo legal, reduzindo todo direito à lei ou mais especificamente ao conjunto de leis, concebia, assim, um sistema jurídico fechado e completo, sem lacunas, e que seria capaz de solucionar todos os problemas apresentados.

Dados esses pressupostos, passou-se a utilizar, também, o recurso à analogia, como alternativa para resolução de casos concretos aparentemente não previstos. Esse procedimento era não só interpretativo como mais propriamente integrativo, uma vez que conseguia suprir o titubeio do exegeta diante da aparente ausência de lei (lacuna).

Dessa forma conseguia-se fechar o cerco novamente: o Direito estava representado pelo sistema legislativo, certo e completo (sobre as várias técnicas de interpretação e suas especificidades interpretação literal, lógico-sistemática, o uso da analogia, as lacunas, etc.) (...) (Nunes, 1996, p.41)

Antes de iniciar a análise da hermenêutica constitucional, destaca-se que o culturalismo promoveu a defesa da ideia do bem comum e do interesse coletivo e, conseqüentemente, da justiça social, como valores que o direito deve concretizar tendo como referência a dignidade humana.

Segundo Coelho, a missão culturalista buscava relacionar a concretude dos axiomas jurídicos com o caráter histórico das pretensões do direito:

Partindo das teorias de Scheller e Hartman, sua principal preocupação é conciliar a objetividade dos valores jurídicos com a historicidade dos ideais jurídicos, a qual decorre de cinco fatores: a) a mutabilidade da realidade social; b) a diversidade de obstáculos para materializar um valor em determinada situação; c) a experiência quanto à adequação de meios para materializar um valor; d) as prioridades emergentes das necessidades sociais, em função dos acontecimentos históricos; e, e) a multiplicidade dos valores.

Quanto a estes, distingue os que se impregnam de qualidades e desejos humanos universais, e os que decorrem de condições históricas específicas. Tal concepção carrega um pressuposto ontológico relativamente à norma jurídica, entendendo-se que ela revive toda vez que é aplicada; a filiação filosófica de semelhante doutrina está bastante próxima do pensamento existencial e sua doutrina do outro, bem como, as repercussões neo-humanistas desse pensamento sob o denominador comum de uma nova dimensão da pessoa humana, cuja dignidade envolve a presença do próximo. (Coelho, 2008, p.168-169)

Portanto, oportuna a lição de Mendonça sobre o bem comum, pois o apresenta como vetor de grande importância para aceitação de um direito axiológico:

O bem comum é ao mesmo tempo perfectível e perfectivo, suscetível não só de aperfeiçoar-se continuamente como também guardando força aperfeiçoadora, apta a aperfeiçoar os que se entregam a sua realização. Perfectível, isto é, suscetível de assumir formas cada vez mais perfeitas ao longo da evolução humana, não sendo mesmo previsível o termo desta evolução. Perfectivo, porque tem a virtude de aperfeiçoar os seres humanos que a ele se dão. Mercê de sua perfectibilidade, o bem comum, tal como o vemos hoje, talvez amanhã se encontre superado.

Em certo sentido podemos dizer que o bem comum é uma ideia força, uma ideia dotada de motricidade, de tal forma que, situada no campo de consciência, logo repercute no organismo, tende a plasmar atitudes. Uma vez representada intelectualmente pelo homem, este logo tende a realizá-la. Graficamente, poderíamos dizer que a ideia força move glândulas, perturba humores, sacode músculos. Ela não é inerte mas tem intensa força e virtude motriz, de tal forma que representá-la é estar já a caminho de realizá-la.

Um exemplo de ideia força é a ideia de fraternidade, de caridade, que, representada no mundo romano, determinou a queda dos princípios pagãos e, no mundo jurídico, revolucionou o conceito de seu.

O bem comum se situa no grupo das ideias força, o que se comprova em todas as revoluções históricas, que se desencadeiam após a exibição de um bem comum realizável, mas ainda não realizado.

O mundo clássico romano careceu de um conceito de bem comum porque careceu de uma teoria da pessoa humana, de um humanismo jurídico, e por esta razão não teve uma teoria autêntica da Justiça. (Mendonça, 1999, p.220-221)

Sob esse prisma, existem afinidades na teoria geral da experiência proposta por Reale, que destaca a influência da expectativa humana na composição e operação do sistema normativo:

A Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da Justiça leva-nos a identificá-la com o bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de "estrutura", de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica. (Reale, 1996, p.272)

Esclarece Roque que no culturalismo com o objetivo de superar uma visão reducionista do direito à norma, surge a proposta do tridimensionalismo jurídico de Reale, onde busca-se uma operação da experiência jurídica na sua integralidade fato-axiologia-normativa:

O primeiro aspecto destacado se refere à experiência do direito como realidade social; o segundo, como ordenamento normativo e no terceiro, como sistema de valores. Essas dimensões podem ser compreendidas separadamente ou de forma integrada, buscando a reconstituição da integralidade do fenômeno jurídico em suas três dimensões. E o que propôs Miguel Reale em seus estudos sobre o tridimensionalismo jurídico, (...)

Diante das premissas tridimensionais por nós adotadas, seria incompatível o tratamento dogmático de natureza reducionista, seja a que se debruce sobre o direito como mera arte ou técnica de pesquisa em função de indagações fáticas, seja a que identifica o estudo do ordenamento posto com a própria ciência do direito, diante da redução do direito à legislação estabelecida pelo Estado. (Roque, 2011, p.78)

Segundo Roque, essa perspectiva possibilita uma dogmática jurídica, baseada em uma investigação compreensiva-normativa. Nesse caso, o intérprete não verifica somente a validade de uma norma, mas deve buscar um sentido integral, segundo os valores que condicionam a ação referida a ela e sua consequência fática:

Nesse contexto, terá a dogmática jurídica, caráter compreensivo-normativo, não só para aferição da qualificação jurídica conferida por uma norma em vigor (perspectiva da regra já posta no ordenamento jurídico), mas também para a integração dessa perspectiva da ordenação do fato social segundo modelos normativos vigentes no ordenamento (momento pré-dogmático), a fim de captar a melhor interpretação a ser dada ao modelo normativo a ser aplicado ao caso concreto. (Roque, 2011, p.79)

Roque, destaca que em razão da contínua interação entre fatos, valores e a correspondente normativa, o resultado da observação é mais flexível do que aqueles das ciências naturais. Nesse sentido, foi necessário um suporte lógico diferenciado, chamado de método dialético de implicação polaridade:

Parte-se, por conseguinte, da circunstância de que a norma jurídica, em que pese sua criação em determinado momento histórico-valorativo-cultural, é desenvolvida para a regência de atos futuros, o que inviabiliza os métodos das ciências naturais (ao contrário do que propunha o positivismo filosófico). Nessa disciplina, sofre a norma o impacto de novos e imprevistos eventos e valores, cuja superveniência implicará em nova compreensão normativa. Com o método dialético de implicação e polaridade, assim, é possível compreender a inteireza do fenômeno jurídico, com a conjugação de seus elementos, sem a preocupação de redução de um a outro, o que afasta a compreensão do direito das visões reducionistas que se popularizaram em seu estudo. (Roque, 2011, p.95)

Dessa forma, tornou-se possível a compreensão normativa, construída com o amparo das três dimensões, não sendo possível a redução de uma à outra.

Como a norma jurídica é criada para uma aplicação futura, quando então submete-se a novos acontecimentos e valores, tendo como consequência, nova análise de sentido:

Seguindo-se a proposta de Reale para a construção da ciência do direito como ciência cultural e tendo em vista a relação dialética-implicacional entre fato, valor e norma, o jurista não pode afastar de seus estudos a compreensão dos fatos e dos valores que iluminam a criação e aplicação das normas jurídicas. (Roque, 2011, p.95)

Para Marquesi, um processo similar ocorre na perspectiva da interpretação sistemático-axiológica:

Daí resulta que a interpretação sistemática enquadra a norma como pertencente a um sistema de valores. E o que se chama método de

interpretação "sistemático-axiológico". E esse o mecanismo empregado nesta tese para equacionar os dispositivos constitucionais que cuidam da propriedade agrária.

É possível recolher, dos argumentos aqui lançados, que a verdadeira interpretação é aquela que atende os valores informadores do sistema jurídico e que fluem para o ideal da justiça. Qualquer norma a ser interpretada só poderá ser corretamente entendida se o intérprete não perder a visada dos valores do sistema, sendo certo que "a interpretação axiológica representa a superação histórica e cultural da interpretação literal". A justiça é atingida quando os valores da nação são resguardados. (...)

Interpretação sistemática é a operação intelectual que repousa em abordar o enunciado legal à luz do sistema onde se insere. Um enunciado não pode ser lido em sua singularidade, pois não é mais do que elo de uma cadeia, seguimento de um todo. Insular o enunciado, dissociando-o do sistema onde se inclui, é tarefa mais do que temerária, constituindo verdadeira heresia jurídica crer que ele possa sempre ser compreendido isoladamente. Como se viu, o espírito que anima o sistema é que permitirá construir-lhe sentido e amplitude. (Marquesi, 2013, p.132-133)

Mesmo na antiguidade, retrata Reale que encontra-se teorias que promoviam a integração do elemento normativo a atividade social e política, como exemplo da obra de Aristóteles, que embora quando tratou o assunto não tinha em mente descobrir critérios de distinção entre moral e direito, ao atribuir a justiça a característica da bilateralidade contribuiu para o aprofundamento da questão:

A concepção da justiça como bilateralidade não se encontra apenas esboçada em Aristóteles, mas definida em alguns de seus traços fundamentais. A justiça, lembra ele no Livro V da *Ética Nicomachéia*, é uma virtude completa, não de modo absoluto (isto é, considerada no homem tomado isoladamente), mas nas relações com seus semelhantes, apresentando-se como a mais importante de todas: nem a estrela matutina ou estrela d'alva é tão maravilhosa. Possui-la é poder ser virtuoso, não apenas em si mesmo, mas com relação aos outros. Por esse motivo, é ela, dentre todas as virtudes, a única que se reduz ao bem de outrem: a virtude, enquanto relação para com outrem, é justiça, e naquela relação consiste sua essência.

Ao tratar desse problema, Aristóteles não tinha em vista, todavia, descobrir um critério que distinguisse a Moral do Direito, e isto se explica pelas circunstâncias históricas e culturais em que se desenvolveu o pensamento do grande estagirita. (Reale, 1996, p.624)

Assim, essa forma de justiça é a virtude completa, embora de modo absoluto, mas em relação ao próximo. Por isso, a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e "nem Vésper, nem a estrela-d'alva são tão maravilhosas"; e proverbialmente, "na justiça se resumem todas as virtudes" Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do o, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados, almas não em suas relações com as outras pessoas. Por isso são consideradas verdadeiras as palavras de Bias,

"o exercício do poder revela o homem", pois necessariamente aquele que governa em relação com outros homens e ao mesmo tempo é um membro da sociedade.

Por essa mesma razão considera-se que somente a justiça, entre as virtudes, é o "bem de um outro", pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade. O pior dos homens é aquele que exerce a sua deficiência moral tanto em relação a si mesmo, quanto em relação aos seus amigos; e o melhor dos homens não é o que exerce a sua virtude em relação a si mesmo, mas em relação a um outro, pois esta é a tarefa difícil.

Portanto, nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos torna evidente a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma. Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude. (Aristóteles, 2003, p.105-106)

Nesse sentido, a justiça seria uma virtude, que se realiza na medida que estabelece uma proporcionalidade na relação entre um homem e outro (bem de outrem). A polis grega era o núcleo de todas as condutas, onde não havia espaço para o interesse individual em detrimento do coletivo. Sendo assim, a política era a expressão mais alta, não havendo propriamente a necessidade da separação entre moral e direito.

Reale ressalta que, também na idade média, ganhou força a ideia de um direito direcionado para o bem comum, conforme observado por Santo Tomás de Aquino, quando tratou da questão da lei e da justiça especialmente na *Summa Theológica*. Esse pensador analisou de forma admirável problemas jurídico-políticos, produzindo uma completa teoria do direito e do estado perfeitamente inserida no direito divino.

A teoria de Santo Tomás (1225-1274) encontra-se desenvolvida especialmente na *Summa Theológica*. Quando o grande pensador medieval trata da questão da lei e da justiça, cuida, com admirável penetração, de problemas jurídico-políticos. Há uma completa Teoria do Direito e do Estado admiravelmente integrada no sistema tomista, concepção essa que tem sido estudada e lembrada através dos tempos, como ainda o é hoje, uns conservando-a em sua autenticidade originária, outros pretendendo adaptá-la ao mundo contemporâneo, com acréscimos nem sempre compatíveis com os ensinamentos do aquinate. É claro que, neste apanhado sobre o problema histórico da Moral e do Direito, não focalizaremos senão os elementos correlatos, indispensáveis à compreensão da matéria no desenrolar da experiência espiritual do homem do Ocidente.

É sabido que a ideia de um Direito Natural, já poderosamente afirmada na corrente socrático-aristotélica e na estoica, assim como na obra de Cícero e de juristas romanos, adquire um sentido diverso nas coordenadas da cultura cristã, não somente por tornar-se uma lei da consciência, uma lei interior, mas também por ser considerada inscrita no coração do homem por

Deus. O Direito Natural destinava-se a representar a afirmação da nova Lei contra a Lei velha, a mensagem instauradora de uma nova forma de vida. Compreende-se, desse modo, que em Santo Tomás de Aquino, intérprete máximo da cosmovisão medieval, a noção ou chave-mestra de sua doutrina moral e jurídica seja a de *lex*.

Lei e ordem são dois conceitos que se completam e se exigem em sua doutrina. Por lei, entende ele "uma ordenação da razão no sentido do bem comum, promulgada por quem dirige a comunidade" (*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*). Esta noção de lei tem valor universal, porquanto não só se aplica ao mundo humano, como também se refere à ordem cósmica. O universo é "cosmos", ou seja, uma ordem, porque o Legislador supremo subordina todas as coisas às suas normas. (Reale, 1996, p.637-638)

É justamente na fusão dos seus conceitos de lei e ordem, exigida pela sua doutrina, que ocorreu a total vinculação da razão e do direito, ao sentido de realizar o bem comum "*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*".

Tal noção adquire valor universal. Nessa visão todo o regramento humano se reporta ao bem comum.

Para Maritain, a questão principal, que antes de tudo deve ser resolvida pela filosofia prática, é saber qual o seu fim útil, ou seja, o bem absoluto do homem. Porém, adverte que um estudo prático não deve permanecer somente nas considerações universais e sim descer até a determinação mais particular dos atos humanos e de suas regras:

A questão capital, que antes de tudo deve ser respondida pela Filosofia prática, é, evidentemente, a questão de saber

Em que consiste (do ponto-de-vista da ordem natural) o fim último ou

O bem absoluto do homem. Depois disso é preciso que ela estude

Os atos pelos quais o homem se dirige para o seu fim último ou dele se afasta, que os examine primeiramente em sua natureza e em seu mecanismo íntimo, depois naquilo que faz a sua moralidade, isto é, no que os torna bons ou maus; é preciso que estude em si mesma

A regra suprema destes atos (daí as questões relativas à lei eterna e à lei natural), e (daí as questões relativas à consciência); é mister que estude também

Os intrínsecos de onde procedem esses atos, isto é, as virtudes morais e os vícios. Todavia, sendo a Ética uma ciência prática, não deve ficar só nestas considerações universais, deve descer até a determinação mais particular dos atos humanos e de suas regras; daí a obrigação que lhe cabe de estudar de modo mais pormenorizado as regras que ordenam a conduta do homem, primeiramente no que concerne

Ao próprio bem, em seguida no que concerne

Ao bem de outrem (e, por conseguinte, a virtude de justiça).

Esta última consideração introduz muitas questões de grande importância, que competem àquilo que chamamos Direito natural, e que tratam em primeiro lugar do que o homem deve

A Deus (questão da religião natural), em segundo lugar daquilo que deve Aos outros homens; aqui entram os problemas que dizem respeito aos homens

Tomados individualmente (direito individual, questão da propriedade, por exemplo) e os que dizem respeito aos homens

Tomados como membros de um todo natural, cujo bem comum os indivíduos devem servir — família e sociedade política (direito social). (Maritan, 1989, P.168-169)

No ponto de vista de Montoro, o conceito de justiça em sua acepção ampla não se restringe a esfera particular (comutativa e distributiva), mas engloba também o que atualmente se designa por justiça social ou geral, cujo objeto é o bem comum:

Mas é preciso ter presente que a palavra ampla "justiça" é aí empregada em sua acepção mais ampla. Estende-se não apenas à justiça particular (comutativa e distributiva), mas também à justiça social ou geral, que tem por objeto o bem comum. De modo que as noções de ordem pública, segurança, interesse social e outras semelhantes, contidas na noção de bem comum, estão também contidas no conceito de "justiça".

Esse mesmo pensamento é assim exposto por Geny: "No fundo, o Direito não encontra seu conteúdo próprio e específico senão na noção de 'justo', noção primária, irredutível e indefinível, que implica, essencialmente, não apenas os preceitos elementares de não prejudicar a ninguém (*neminem laedere*) e de dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), mas também o pensamento mais profundo de um equilíbrio a estabelecer entre os interesses em conflito, com a finalidade de assegurar a 'ordem' essencial à manutenção e ao progresso da sociedade humana.

Nessa perspectiva, a ordem jurídica nada tem de imobilizadora. Pelo contrário, ciência prática, orientada permanentemente no sentido da realização da justiça, o direito só se realiza plenamente na medida em que respeita seu caráter dinâmico, como elemento da ação transformadora do homem na história.

O direito não é uma ciência natural, a estudar as manifestações da vida social e humana como se fossem "coisas" ou simples fenômenos físicos. O homem não é um "objeto" passivo, nem mero espectador da realidade. Dentro de certos limites, é ele que imprime ordem no mundo. E o direito é, de certa forma, instrumento dessa ação transformadora do homem. (Montoro, 1999, 97-98)

Essa ideia torna-se a própria compreensão do bem comum, como o grupo de situações que condicionam a esfera de vivência individual ou social do homem, que torna possível a concretização dos fins humanos, representados pelo princípio da dignidade humana presente como fundamento da Constituição de 88.

A aceitação dessas ideias implica em se admitir que o bem comum assume o papel de força motriz da dinâmica social, tornando-se um importante vetor da atividade estatal, representado pela ideia de interesse coletivo e concretização da justiça social.

Destaca Matsushita, o direito da dignidade da pessoa humana se concretiza pela percepção da satisfação das necessidades humanas. Ao mesmo tempo que o seu conteúdo não pode ser sintetizado de forma rígida, o seu caráter universal se mantém como figura nuclear dos direitos humanos:

A universalidade da dignidade da pessoa humana é retratada por Vincenzo Buonomo. A dignidade da pessoa humana não muda de acordo com as coordenadas geográficas ou os acontecimentos históricos, mas também sua unicidade de natureza e de valor, como elemento, constitutivo dos direitos fundamentais.

Não há que se falar em dignidade humana sem tratar, inicialmente, do ser humano (Matsushita, 2012, p.87)

Pela cultura do meio social vivenciado, o homem compreende o alcance das suas necessidades existenciais:

O ser humano desenvolve durante a sua vida, no ambiente em que vive, um conteúdo cultural que lhe dará a dimensão de satisfatividade que deverá ser empregada no momento da aplicação dos direitos humanos.

Tal assertiva se faz necessária, uma vez que não é possível considerar que todo e qualquer ser humano do planeta tem a mesma definição de dignidade da pessoa humana, por isso se tratar de um direito subjetivo.

Em momento algum deverá ser preterida a dignidade da pessoa humana em detrimento à vida humana. O fato é que a dignidade da pessoa humana é superior à própria vida humana (Matsushita, 2012, p.88)

Lembra o autor, que é possível considerar a dignidade humana como princípio e como regra, sendo que o princípio estabelece o seu conteúdo em razão da sua posição nuclear quando comparado aos demais princípios. Destaca que sua satisfação não se limita a questão econômica, devendo ser compreendido num contexto multidimensional, onde o foco é a plenitude do desenvolvimento da pessoa humana:

O conteúdo da dignidade da pessoa humana não pode ser confundido com a implementação, exclusivamente, da dimensão da satisfação econômica, ela é muito importante, mas deverá ser completada com outras dimensões, tal como a dignidade política, a dignidade social e a cultural, que em conjunto,

promoverão, a plenitude da dignidade da pessoa humana. (Matsushita, 2012, p.89)

Com efeito, o conteúdo significativo dessa dignidade humana deve passar, necessariamente, ao desenvolvimento pleno do ser humano, seja ele no aspecto econômico, social, cultural e político.

Não é de se olvidar que o desenvolvimento político do ser humano não é atingido quando ele não tem contemplado o desenvolvimento econômico, social e cultural, tendo em vista que este ser humano não tem liberdade suficiente para desenvolver, de forma responsável e isenta o seu direito político. (...)

Para a satisfação humana, que é o conteúdo da dignidade da pessoa humana, portanto, deverá ter presente os direitos econômicos, sociais, culturais e políticos, a quais dever-se-ão sempre buscar sua plenitude. (Matsushita, 2012, p.91)

Para Matsushita, os direitos humanos podem ser implementados de forma vertical com a exclusividade da ação estatal, na consecução dos meios requeridos para promover o acesso humano à concretização das suas necessidades. E de forma horizontal, quando essa tarefa é compartilhada com os membros da sociedade:

Assim, é função do Estado, em conjunto com a sociedade civil, proporcionar a todos a condição mínima dessas necessidades para o atendimento da satisfatividade humana, atendendo à sua dignidade.

Nesse sentido a aplicação dos direitos humanos deve acontecer de forma vertical, quando o Estado é que empreende os meios necessários para promoção da inclusão do ser humano em condições para sair em busca dos seus desejos para atender à satisfação de suas necessidades e, também, de forma horizontal, quando não só o Estado é que deve promover esses meios necessários, mas todos os indivíduos da sociedade devem contribuir para a inclusão de todos, modelo adotado por Ingo Wolfgang Sarlet. (Matsushita, 2012, p.93)

Assim, para se atender à plenitude multidimensional da dignidade da pessoa humana, a todas as pessoas, sem exclusão qualquer é onde todos os envolvidos Estado e sociedade civil, numa relação vertical e horizontal, deverão, num espírito de fraternidade proporcionar, uns aos outros o mínimo existencial para que, a partir desta base possam prosseguir em sua caminhada junto à plenitude de desenvolvimento do homem todo e de todos os homens (Matsushita, 2012, p.95)

Em favor da hermenêutica estruturante, Matsushita afirma que as teorias que reconhecem a integração entre o positivismo, realismo e o jus-naturalismo, como um modelo para a aplicação dos direitos fundamentais, por meio do jus-humanismo normativo, podem ter sua utilização ampliada para todas as relações jurídicas.

Nesse sentido, Matsushita, demonstra que o jus-humanismo normativo, assevera que a decisão tenha um sentido justo, devendo considerar uma integração entre o direito positivo, os direitos humanos e o realismo jurídico:

Como apresentado anteriormente o jus-humanismo normativo prevê que a decisão mais justa é aquela que acontece da intersecção do texto com o meta-texto e o intratexto que, em outras palavras, quer dizer que é da interconexão entre o direito positivo, com os direitos humanos e o realismo jurídico é que se chegará à decisão que trará a verdade. (Matsushita, 2012, p.166)

Essa proposta, por um lado, recupera o valor da doutrina como fonte, sendo considerada como meta-texto a ser conectada ao intratexto. Reconhece que a doutrina é construída na academia e no judiciário e dessa forma expande a dimensão do realismo jurídico:

A proposta aqui apresentada é de incrementar o círculo que envolve o realismo jurídico (meta-texto) colocando a doutrina como elemento participante dessa aplicação do direito. É fato que as decisões judiciais, frequentemente, são embasadas em teorias desenvolvidas na Academia e decorrente de estudos teóricos específicos, por meio de pareceres, que são desenvolvidos por Professores para subsidiar os casos práticos. (Matsushita, 2012, p.166)

Por outro lado, quando demonstra que os direitos naturais evoluíram para os direitos fundamentais, expande também essa dimensão, conseqüentemente ampliando sua aplicação à todas as relações jurídicas:

A verdade que será conquistada pela intersecção dos três círculos de interpretação, mas aqui evoluído para dizer que o círculo dos direitos naturais evoluíram para os direitos humanos e o círculo do realismo jurídico deve ser o conteúdo da intersecção entre a doutrina proferida pela Academia e pelo Judiciário. Dessa forma, para se alcançar o jus-humanismo normativo que por meio dessa retórica argumentativa, defendida no presente trabalho, para que seja possível aplicar o direito de uma forma mais adequada e, tendo como elemento obrigatório dessa verdade proposta o princípio absoluto da proporcionalidade se atingirá a justiça. (Matsushita, 2012, p.180)

Conforme descreve Roque, em 1985 com a chegada da ação civil pública e os juizados de pequenas causas, confirmou-se uma iniciativa de transformação da perspectiva processual no Brasil. Em sequência com a Constituição de 88, houve a ampliação do acesso à justiça e do papel do judiciário, na proteção dos direitos constitucionais de diversas áreas:

Todos esses acontecimentos, aliados à mudança da visão doutrinária processual, logo surtiram resultados. Os primeiros resultados foram as reformas legislativas ocorridas a partir de 1985, que implementaram a ação civil pública e o juizado de pequenas causas.

Em 1988, com a edição da Constituição Federal, foi ampliada a possibilidade de acesso à justiça e aumentada a importância do Poder Judiciário, alçado à condição de guardião de direitos, como se pode verificar das diversas disposições que tratam de sua organização e funções. Novos direitos foram assegurados em sede constitucional: direito do consumidor, da criança e do adolescente, do ambiente, do idoso, da proteção econômica são apenas alguns exemplos. (Roque, 2011, p.45)

Destaca Roque, que a antiga doutrina individualista do processo não estava a altura para a proteção dos novos direitos. A jurisdição torna-se mais um serviço público disponível para a população. Uma missão publicista, que norteou um sentido instrumental do processo, concatenando com seus resultados. Além disso, a perspectiva constitucional do processo, promove a articulação com a Constituição Federal, reconhecendo sua superioridade normativa:

Outra proposta importante é a visão constitucional do processo, que busca, na lição de Nelson Nery Jr., a integração dos preceitos e institutos processuais com as previsões da Constituição Federal em relação à proteção de direitos fundamentais e ao próprio caráter do processo judicial, reconhecendo-se a supremacia da Constituição Federal na interpretação e aplicação das normas processuais. (Roque, 2011, p.47)

Para Dinamarco e Lopes, o modelo processual brasileiro, caracteriza-se pela integração com normas constitucionais e infraconstitucionais, direcionadas a resolução de conflitos e ação dos agentes na aplicação das técnicas processuais:

(...) Com essas premissas, sabemos que o modelo processual civil brasileiro é o resultado do que dispõem as normas constitucionais e infraconstitucionais deste país e neste momento com relação às técnicas e categorias jurídicas predispostas à solução de conflitos e às pessoas e conjuntos de pessoas encarregadas de pôr em ação as técnicas processuais. É usual em doutrina a distinção entre o modelo constitucional do processo e seu modelo infraconstitucional.

(...)

A diferenciação e identificação do modelo processual brasileiro no plano infraconstitucional deve ser buscada mediante a observação de todo o conjunto da legislação vigente, inclusive em diversas leis extravagantes, e não somente no Código de Processo Civil. Por sua vez, o novo Código reproduz certas características da ordem processual já implantadas na vigência do estatuto revogado e também inovou ao impor outras, que de igual modo concorrem à identificação do método brasileiro. (Dinamarco, 2016, p. 37 a 39)

Nesse contexto, para Dinamarco e Lopes a jurisdição, a ação, a defesa e o processo são institutos fundamentais, portanto, tendo supremacia na integração sistêmica, sendo vedada qualquer redução do seu propósito:

Do exposto nos itens anteriores é possível extrair os institutos fundamentais do direito processual ou as grandes categorias jurídicas inerentes a esse ramo jurídico, situadas em um nível tal de generalização, que acima delas nenhuma outra se possa indicar e nenhuma redução útil possa ser feita. São elas a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Todas as demais unidades sistemáticas que integram e dão forma ao direito processual convergem a essas grandes categorias, e para serem corretamente compreendidas dentro do sistema e em harmonia com ele é indispensável que sempre as reportemos ao nível dos institutos fundamentais. E sobre estes que diretamente atuam os grandes princípios do direito processual e através deles adquirem sentido as regras fundamentais impostas pela Constituição ao sistema de administração da justiça. A maneira como princípios e garantias influem nos institutos menores e na vida comum do processo já constitui uma especificação, filtrada a eles a partir daquele plano superior. (Dinamarco, 2016, p. 48)

Destacam Dinamarco e Lopes, que o direito processual constitucional se fundamenta num método em que o sistema processual preconiza a supremacia da tutela constitucional do processo, referida à normatização e aos atos processuais, com fins de extrair-se o máximo de eficácia constitucional. Em caso de conflito principiológico, impõe-se o uso da ponderação, hoje além do sistema constitucional, consolidada também no novo Código de Processo Civil (artigos 8º e 489, § 2º):

Ao se conceber e interpretar os institutos de direito processual, portanto, os princípios constitucionais devem sempre ser tomados como superiores premissas de todo o sistema, ponderando-se a importância concreta de cada um e buscando uma solução que, na medida do possível, confira a máxima efetividade a todos eles. Para os casos de eventuais colisões entre princípios o sistema constitucional impõe a regra da proporcionalidade, reafirmada nos arts. 8º e 489, § 2º do novo Código de Processo Civil e responsável pela harmonização dos princípios e pelo justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. E a proporcionalidade que autoriza e legitima a concessão de medidas urgentes antes da citação do réu (medidas liminares concedidas inaudita altera parte) e portanto sem a prévia efetivação da garantia constitucional do contraditório (infra, n. 33) — sendo essa aparente violação um culto a um valor também elevadíssimo e de igual modo amparado pela Constituição Federal, que é o do acesso à justiça mediante a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional (Const., art. 5º inc. XXXV — infra, n. 28). (...)

A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como uma garantia-síntese e é o acesso à justiça, mediante a concessão, "em tempo razoável", de uma "decisão de mérito justa e efetiva" (Const., art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII - CPC, art. 6º). Mediante esse conjunto

de disposições a Constituição Federal quer afeiçoar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor escala, o que em escala maior está à base do próprio Estado de direito (legalidade, devido processo legal, participação em contraditório). Ela quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras, sem excessos etc. — porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da democracia (p.53-54)

Essa nova realidade normativa, trazida pela Constituição de 1988, que em seu núcleo constituiu o dever jurídico da efetivação dos direitos fundamentais e sociais, na defesa do interesse coletivo e da dignidade humana é capaz de conduzir um processo de integração que compreenda a cultura no contexto da axiologia jurídica, dando conta da questão transindividual:

Assim sendo, a ciência jurídica, ao analisar a norma constitucional, deve estudar, além da realidade social, o valor quando positivado, ou seja, a valoração vigente na sociedade atual. Tal se dá porque a captação dos valores só será possível se condicionada por fatores sociais. Há um dualismo entre realidade social e sentido e há uma aderência do sentido jurídico à realidade. A norma constitucional deve estar em conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico, pois visa a realizar fins úteis e justos para ter eficácia social. (Diniz, 2009, p.74)

O direito contribuiu ao longo da história normativa para dirimir questões entre membros da comunidade (o direito como aprimoramento do homem):

O direito ampara o ser humano desde o momento em que é concebido e enquanto ainda vive no ventre materno. E depois o segue e acompanha em todos os passos e contingências de sua vida, contemplando o seu nascimento e, com o seu nascimento, o início de sua personalidade. Protege-lhe, com a liberdade, a integridade física e moral. Prevê e segue, de grau em grau, seu desenvolvimento físico e mental, dispondo sobre sua capacidade progressiva ou sobre sua incapacidade. Regula suas relações de família, como filho, parente, nubente, esposo e pai, bem assim suas relações patrimoniais, quer tenham por objeto bens corpóreos, quer recaiam sobre outras pessoas, obrigadas a uma prestação de dar, fazer, ou não fazer alguma coisa. Prevê e disciplina as consequências patrimoniais e penais da violação de seus direitos. Define sua atividade profissional. Contempla sua qualidade de membro de grupos sociais e de membro da comunhão política, inclusive suas relações com o Estado, que ele, o direito, também cria, ordena e enquadra na ordem da comunhão universal. E, por fim, dispõe sobre a sua morte, perpetuando-o através de seus sucessores. (Ráo, 1999, p.52)

Porém, segundo Ferraz Junior, precisa ser ampliada sua utilização para mediar satisfatoriamente as questões entre grupos de pessoas e o Estado. A justiça material,

segundo traduz-se num código fraco na comunicação normativa:

Nessa linha de pensamento, é possível reconhecer que, na racionalização dos conflitos, os critérios formais da justiça representam, em oposição aos critérios materiais, um código forte: isto é, se considerarmos um código, genericamente, como um sistema articulado de símbolos, as ideias do *suum cuique tribuere*, da proporcionalidade aritmética e geométrica, do tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, constituem articulações relativamente unívocas, com um só sentido para suas prescrições (a observação de Orwell, de que, não obstante a igualdade perante a lei, alguns são mais iguais do que outros, é uma forma sarcástica de afirmar a injustiça de uma ordem social). Ao contrário, os critérios materiais da justiça representam um código fraco; isto é, ideias como o justo é o que serve à vida, justiça é o amor caridoso pelos que nada têm, justiça é o respeito à ordem social criada por Deus, justiça é o que satisfaz aos interesses da classe proletária, constituem articulações vagas e ambíguas, com dubiedade para suas determinações. (Ferraz Junior, 2003, p.236-237)

Na análise das teorias citadas anteriormente, admite-se que existem instrumentos processuais adequados e métodos cognitivos para que a Constituição de 88 seja aplicada na efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Se as instituições jurídicas podem ser instrumentos de opressão social, também é certo que, com a democracia e o fortalecimento da cidadania, aceita-se a missão do direito como instituição coletiva de libertação e promoção da igualdade social, que pode limitar poder e abuso.

No próximo capítulo destaca-se o fenômeno da efetivação dos vínculos e diretrizes constitucionais no âmbito dos três poderes, sendo no judiciário demonstrado aspectos da nova hermenêutica constitucional.

3 - FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE

Com relação a origem do direito como função promocional, registra-se que ocorreu com a chegada do Estado Social e suas primeiras constituições:

Caminhando na história, verifica-se por sua vez que, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Do primado da liberdade transita-se ao primado do valor da igualdade, objetivando-se eliminar a exploração econômica. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestações sociais. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex.: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917, etc.) primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto. (Piovesan, 2003, p.337)

O Estado Democrático de Direito, por meio da vinculação do legislador constitucional aos fins do estado, tem por objetivo a efetivação dos direitos fundamentais e sociais na perspectiva da proteção e promoção da dignidade humana. Nesse contexto, como dispositivo instrumental para a legitimação do Estado provedor, foi instituído o direito com função promocional.

Para Canotilho, quando a Constituição dirigente estabelece os fins materiais que almeja atingir por meio de uma direção legislativa, visando pela sua natureza programática, efetivar os direitos fundamentais sociais, está caracterizada uma função promocional do direito:

Uma lei fundamental responde, em primeiro lugar, às exigências de legitimação de uma ordem constitucional, historicamente situada. A «dignidade de reconhecimento», a que se reconduz a legitimidade (Habermas), e a necessidade de fixação de «princípios de justiça» e de «estruturas sociais básicas» (Rawls), apontam para um compromisso material rebelde à redução da magna carta a um «instrumento técnico-jurídico» que se limita a regular o processo de transformação dos resultados da política em preceitos jurídicos imperativos. Se as exigências de legitimação apontam para uma conformação activa da facticidade através da normatividade, isto é, para uma directividade constitutivo-normativa da

estrutura social, plural e antagónica de igual forma uma teoria da constituição constitucionalmente adequada tem de corresponder às modernas exigências «promocionais» do direito, captando a lei constitucional na sua dimensão de instrumento de direcção social. O carácter dinâmico e programático subjacente a uma concepção promocional do direito (pode dizer-se: funcional) suscita problemas específicos que uma teoria da constituição deve dissecar, pois eles colocam em jogo a «força normativa» da constituição-programa. (...)

A mudança de função das leis constitucionais num sentido «programático» e a introdução de fins político-económicos representam, como se assinalou já, um esforço positivo para reforçar a própria legitimidade constitucional. (...) (Canotilho, 2001, p.156-157)

Dessa forma, foi determinado um rumo normativo para as políticas públicas e sociais, promovendo um equilíbrio entre as ações dos poderes estatais a ele vinculados.

Nesse sentido, Bonavides destaca que a nova Constituição brasileira definiu uma proteção desses vínculos vedando sua supressão:

Mas uma novidade da maior importância trouxe, de último, a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los.

A garantia se robustece por igual com dispositivo idêntico tocante à separação de poderes, pois sem esta não há liberdade nem direitos humanos debaixo da proteção constitucional. O constituinte brasileiro deu assim um passo significativo de cunho formal, que coloca fora de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir aqueles direitos.

Ocorre, porém, que o avanço teria muito mais profundidade se abrangesse também o substrato social da Constituição, pelo menos os direitos sociais que, desde a Carta de 1934, compõem a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado social, os quais, sem retrocesso, têm sido consagrados pela evolução do constitucionalismo brasileiro durante os últimos cinquenta anos.

É óbvio, por conseguinte, que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram.

Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos. O mesmo poder constituinte que deu um passo de abertura em relação ao passado, contra o privilégio da imutabilidade do sistema republicano, tornando possível, por via de emenda constitucional, a eventual introdução até mesmo da monarquia constitucional federativa, teria dado um passo muito mais avançado e gigantesco em relação ao futuro, se fizesse intangíveis, dentro da normatividade constitucional, aqueles direitos fundamentais já consagrados que regem as relações mútuas entre o trabalho e o capital. (Bonavides, 2016, p.592)

Nesse sentido, também para Fachin, cria-se um efeito vinculante, pois da mesma forma que vincula o legislador, seja na elaboração de dispositivos que fixem

parâmetros para ação estatal ou que garantam direito subjetivo, também determinam deveres jurídicos aos poderes públicos e particulares:

Os direitos fundamentais têm poder de vinculação. Não significam, portanto, meras declarações as quais seus destinatários podem ou não seguir. Eles vinculam todos os poderes estatais e, inclusive, os particulares.

Tais direitos vinculam o legislador em dois sentidos. Primeiramente, criando mecanismos jurídicos com o objetivo de estabelecer limites à atuação do poder estatal. As normas jurídicas editadas pelo Estado devem conter limitações à sua própria atuação. Em outras palavras, o poder estatal precisa estar limitado por disposições normativas por ele próprio editadas. Em segundo lugar, ele deve atuar no sentido de elaborar normas jurídicas que assegurem direito subjetivo ao titular do direito fundamental e imponham deveres jurídicos às demais pessoas e aos poderes públicos.

Os direitos fundamentais vinculam, também, o Poder Executivo. Os gestores desse poder devem atuar no sentido de colocar em prática as disposições normativas que protegem direitos fundamentais. As políticas públicas devem voltar-se à concretização dos direitos que são essenciais à convivência social.

(...)

Os direitos fundamentais vinculam, ainda, o Poder Judiciário. Os órgãos desse poder têm que estar comprometidos com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse campo, especificamente, os últimos anos têm suscitado intensa atuação do Poder Judiciário na efetivação de uma pluralidade de direitos fundamentais, nomeadamente aos direitos de acesso à saúde e de acesso à educação.

Registre-se que os direitos fundamentais têm eficácia vinculativa não apenas em relação aos poderes públicos, mas, também, entre particulares. Se, por um lado, vinculam os poderes estatais, por outro, vinculam também os particulares, produzindo entre estes a chamada eficácia horizontal. (Fachin, 2015, p.240-241)

Também nessa ótica, Esteves assiná-la que o dever jurídico imposto pelas diretrizes constitucionais vincula os poderes estatais ao seu cumprimento obrigatório quando conclamados:

Conforme já observado a mitigação, derrogação ou o não reconhecimento do comando deôntico das diretrizes, configura a subversão do comando político-jurídico da Constituição. Diretrizes são também normas, que reconhecemos, com menor grau de determinação do que os direitos fundamentais, mas, assim como estes, vinculam o exercício das três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) que não podem realizar suas competências sem fundamentar seus atos também nas diretrizes constitucionais. Assim, o papel central das diretrizes na argumentação judicial das interpretações não pode simplesmente ser debilitado à condição de mera faculdade do intérprete e aplicador do direito, mas sim reforçado deonticamente como elemento de caráter obrigatório e vinculante uma vez que a Constituição não confere ao juiz o direito de fundamentar suas decisões em diretrizes que não sejam as definidas constitucionalmente.

Também não é aceitável que se constituam leis, ou se cometam atos administrativos que atentem contra os fundamentos e objetivos da República.

Assim, uma lei ou um ato da administração pública que flagrantemente induza ao aprofundamento de desigualdades regionais no país (segunda parte do inciso III do art. 3º da CF), ou que demonstre qualquer tipo de discriminação (inciso IV do art. 3º da CF) - interpretados sistematicamente junto aos demais dispositivos constitucionais - devem ser declarados inconstitucionais pelo Judiciário por atentarem contra a possibilidade de que o Estado brasileiro realize seus objetivos. (Esteves, 2016, 275-276)

Em entendimento similar, manifesta-se Silva, fazendo menção a uma suplantação contida na Constituição atual em relação ao paradigma individualista da perspectiva liberal:

A Constituição suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais, que as constituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava, necessariamente, em conferir-se conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais.

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo. Transforma-se a pauta de valores: o liberalismo exalta a liberdade individual, formalmente reconhecida, mas, em verdade, auferida por pequeno grupo dominante; o socialismo realça a igualdade material de todos como a única base sólida em que o efetivo e geral gozo dos direitos individuais de liberdade encontra respaldo seguro. A antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia. Todavia, não nos iludamos, porque a Constituição agasalhou ainda os postulados do liberalismo econômico, com intervenção estatal, mais garantia dele do que caminho para superá-lo. (...)

O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, "se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades" e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: "para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas". (Silva, 2010, p.184-185)

Piovesan, ao traçar o perfil constitucional do Estado brasileiro, demonstra que a Constituição de 88 tomou cuidados com relação a garantir a eficácia imediata e a indivisibilidade de seu objeto. Nesse sentido, o estado brasileiro está baseado num constitucionalismo efetivador dos direitos fundamentais:

Todavia, a Carta de 1988 não se atém apenas em alterar a topografia constitucional tradicional e elevar a cláusula pétrea direitos e garantias individuais. O texto de 1988 ainda inova, alargar a dimensão dos direitos e garantias, não mais se imitando a assegurar direitos individuais. Passa a Carta de 1988 a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto. A esse respeito, basta comparar a denominação atribuída ao capítulo I do título II da Constituição de 1988 — "Dos direitos e deveres individuais e coletivos" com a Constituição anterior, que consagrava tão-somente direitos e garantias individuais. Atente-se, ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, § 1º. Inadmissível, consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. (Piovesan, 2003, p.329-330)

Além disso, ressalta a característica de um modelo de Estado que busca efetivar os direitos sociais por meio de programas e diretrizes. Esses dispositivos, aproximam a CF de 1988 de uma perspectiva dirigente:

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de afirmar no art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplificação, destacam-se determinados dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, dentre os deveres do Estado e direitos do cidadão, a saúde (art. 196), a educação (art. 205), a cultura (art. 215), as práticas desportivas (art. 217), a ciência e a tecnologia (art. 218), dentre outros. (Piovesan, 2003, p.331)

Silva, reconhece que a Constituição brasileira é dirigente com relação aos direitos sociais:

Regras constitucionais "incômodas" são aquelas que se dirigem à realização dos direitos sociais, e aí o sentido em que sempre entendemos que nossa Constituição de 1988 é dirigente; dirigente "enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social dirigente porque orienta de modo mais ou menos intenso o processo econômico e social, à vista da consecução da justiça social mediante a realização dos direitos fundamentais sociais, porque de outra forma, como a experiência histórica demonstra, não o conseguirá. (Silva, 2014, p.92)

Nesse contexto, infere-se do texto de Piovesan que o Estado Democrático de Direito brasileiro, configura-se na ótica do bem-estar social, que busca sua legitimação como provedor, à medida em que consegue realizar seus programas sociais, por meio de um direito com função promocional:

A luz da Carta de 1988, reforça-se a ideia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social, sendo hoje impensável um retorno ao modelo absenteísta. Como realça Celso Bastos, ao tratar do Estado Social, "o problema todo cifra-se a compaginar um Estado que, embora necessário em dimensões mais amplas que as a ele conferidas pelo liberalismo clássico, nem por isso chega ao ponto de asfixiar a iniciativa e a criatividade da empresa privada. A esse modelo se dá o nome de Estado Social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas ainda assim não castrador do dinamismo da sociedade. A partir dele sabe-se que o desenvolvimento social não se pode dar com as costas voltadas para o Estado nem se estabelecer a pureza da sociedade. A organização desta passa necessariamente pelo Estado. O problema é como controlá-lo de molde a impedir que enverede pelo corporativismo.

Em síntese, extrai-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides, o Estado inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.

O texto constitucional de 1988 confirma, nesse sentido, o esgotamento do modelo liberal de Estado, em face do aumento de bens mercedores de tutela, que exige a eficiência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador. (Piovesan 2003, p.333)

Ao aceitar-se essa perspectiva de vínculos e diretrizes como fundamentos do dever jurídico que compele o Estado em legislar e efetivar os direitos fundamentais e sociais que compõem o núcleo constitucional por meio de prestações e programas, em consequência, é forçoso aceitar que essas manifestações materiais são resultantes de uma síntese.

A medida em que os vínculos e diretrizes, condicionam as ações futuras do Estado a atingir fins determinados, seus resultados vão efetivar-se como renovações estruturais que estimulam referencialmente a progressividade constitucional.

Esse fenômeno, não foi detectado pelas teorias dos autores citados no presente trabalho, porque quando reconhecem o dever jurídico, o fazem relativo a estrutura e sua efetivação é vista como uma satisfação disponível, em razão da eficácia imediata e da progressividade tutelada pelas garantias constitucionais.

No presente capítulo, para que se confirme essa tese, foi apresentada a síntese promocional do direito como um dispositivo de efetivação dos vínculos e diretrizes estatais, relativo ao dever jurídico que compele o seu exercício aos três poderes e gera reforço de vínculo de progressividade. Apesar de utilizar as obras de vários autores que chegaram até o momento da efetivação, seja porque o contexto histórico das suas obras não permitia aquela compreensão ou porque o objeto escolhido tinha outra dimensão, simplesmente passou despercebido os resultados identificados no presente trabalho.

Destaca-se, como causa principal da ausência do registro desse fenômeno, nas teorias dos autores citados no presente trabalho, o fato de que quando identificam o dever jurídico, o fazem relativo a respectiva estrutura nuclear. Nessa ótica, a sua efetivação é vista como uma satisfação disponível, em razão da eficácia imediata e da progressividade tutelada pelas garantias constitucionais, presentes na mesma estrutura.

A presente tese diferencia-se dessa perspectiva, à medida em que demonstra que a efetivação baseada no raciocínio anterior ocorre por meio de uma síntese promocional, em razão de que os vínculos e diretrizes condicionam as ações futuras do Estado a atingir fins determinados. Dessa forma, esses resultados efetivam-se como renovações estruturais, que ao nascerem das efetivações, reforçam referencialmente a progressividade constitucional.

Nos próximos subtópicos demonstra-se o fenômeno da síntese promocional como resultado da efetivação de direitos fundamentais-sociais e reforço de vínculo de progressividade promovida pelos poderes e órgãos estatais.

3.1 FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE: NO ÂMBITO DO LEGISLATIVO E EXECUTIVO

As políticas públicas, conforme demonstrado por Bobbio, são instrumentos capazes de promoverem o direito social tutelado a uma dimensão material, por consequência harmonizando o sistema sócio jurídico:

Uma análise dos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, a começar pelos documentos constitucionais, em que o termo "promover" suplantou ou colocou de lado o termo "garantir", induz a modificar a imagem tradicional do direito, ou, pelo menos, a perfilar ao seu lado uma nova, na qual a função promocional se sobrepõe à função repressivo-protetiva. Isso não quer dizer que o direito não tenha tido, inclusive no passado, além da função de repressão, também a função de promoção. Contudo, o primeiro tipo de função sempre foi tão predominante que a maior parte das teorias do direito não registraram, nas suas definições do direito, a função de promoção. Aliás, com frequência, a distinção entre as duas funções serviu de critério para distinguir o direito de outros sistemas de controle social... Dessas quatro alavancas, duas — o prêmio e a pena — movem os impulsos inferiores e duas — o sentimento de dever e o amor — movem os impulsos superiores. Nessa dicotomia, o direito ocupa um lugar bem específico: ele recobre o que age a alavanca da coação, o que equivale a dizer que sua função é essencialmente repressiva. É importante notar que a esfera em que opera a alavanca da recompensa coincide, em grande parte, com a esfera das relações de troca... (Bobbio, 2007, p.135-136)

Compartilhando essa visão, Piovesan afirma que por meio da ordem constitucional instituída em 88, a responsabilidade do Estado no processo de construção da cidadania, está baseada numa diretriz vinculativa. Onde os poderes públicos, no âmbito das suas competências, devem promover eficácia máxima na função prospectiva do Estado na concretização dos direitos e garantias fundamentais:

Essa afirmação tem seu significado acentuado em face do perfil constitucional do Estado brasileiro, como já visto em tópico anterior. A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo, cuja concretização é confiada aos órgãos constitucionalmente previstos. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política. Ainda com relação à responsabilidade do Estado quanto a indivisibilidade dos direitos, frise-se que a Carta de 1988 consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Com base nesse princípio,

toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e nesse sentido devem se orientar os poderes públicos. Cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Impõe-se, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio. (Piovesan, 2003, p.343-344)

Aponta ainda que, no âmbito do legislativo, a atuação normatizadora deve ter em mente um equilíbrio da utilidade razoável ao ponto que garanta a sua execução, sendo-lhe proibido reduzir a eficácia imediata, assim como não lhe é permitido gerar normas que se oponham à determinação constitucional:

Nessa ótica, compete ao Legislativo, como destinatário das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais: a) proceder em tempo razoavelmente útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa da lei; c) não emanar preceitos formais ou materialmente incompatíveis com essas normas. (Piovesan, 2003, p.344)

Consolidando a atuação da função promocional do direito junto ao legislativo e ao executivo, assiná-la Piovesan a criação do Programa nacional de Direitos Humanos em 1996. No Brasil, esta iniciativa constituiu um marco regulatório, pois os direitos humanos foram alçados ao patamar de política pública. Dessa forma, também o executivo pode desenvolver ações promocionais, no âmbito interno e internacional, onde as metas foram concretizadas em períodos variáveis, seguindo seu próprio planejamento:

Para tanto, merece especial atenção o Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado pelo Governo Federal em 13 de maio de 1996.

A grande contribuição do Programa Nacional de Direitos Humanos é atribuir aos direitos humanos o status de política pública. Vale dizer, a proteção aos direitos humanos, não mais é concebida como fruto de um mero acaso, como um incidente de percurso, mas passa a ser objeto de planejamento governamental.

O Programa concentra um universo de propostas de ações governamentais, visando à implementação de políticas públicas para a proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil, com especial enfoque à proteção dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade. Apresenta ainda propostas voltadas à educação para a cidadania, como também propostas voltadas às ações

internacionais para a proteção e promoção dos direitos humanos. São lançadas metas de curto, médio e longo prazo.

Adotando como referência a concepção contemporânea de direitos humanos, no tocante à universalidade dos direitos humanos, o Programa Nacional afirma que os direitos humanos são direitos globais, universais e internacionais. Nas primeiras palavras de sua introdução, o Programa enfatiza que os direitos humanos são direitos de todos e devem ser protegidos em todos os Estados e Nações. Há ainda a afirmação de que, para o Governo brasileiro, a adesão a tratados internacionais de proteção aos direitos humanos é um passo decisivo e essencial na promoção desses direitos. (Piovesan, 2003, p.346-347)

Entretanto, foi somente em 2002, com um novo programa onde foram incluídas iniciativas específicas rumo a efetivação dos direitos sociais:

Finalmente, em 13 de maio de 2002, foi adotado o Programa Nacional de Direitos Humanos II, contemplando metas no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais. O novo Programa Nacional de Direitos Humanos incorpora ações específicas no campo da garantia do direito à educação, à saúde, à previdência e assistência social, ao trabalho, à moradia, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à cultura e ao lazer, assim como propostas voltadas para a educação e sensibilização de toda a sociedade brasileira com vistas à construção e consolidação de uma cultura de respeito aos direitos humanos. Quanto ao processo de especificação do sujeito de direito, destacam-se as ações do Programa endereçadas especialmente às crianças e adolescentes, às mulheres, à população afrodescendente, às sociedades indígenas, aos estrangeiros, aos refugiados e migrantes brasileiros, aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias socialmente vulneráveis. Na prática, observa-se que os principais avanços na política nacional de proteção dos direitos humanos têm se centrado em medidas voltadas à proteção dos direitos civis. Merecem destaque projetos que tratam da parceria entre pessoas do mesmo sexo, da obrigatoriedade de atendimento do aborto legal pela rede pública de saúde, de medidas contra a violência e impunidade, dentre outros. (Piovesan, 2003, p.347-348)

Entre a criação dos dois programas, destaca-se a criação das Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, órgão especializado no estudo e na execução das políticas públicas por meio de programas especiais:

Há que se refletir a respeito das transformações e avanços ocorridos no país, no que tange à política de direitos humanos, desde 31 de março de 1997. Dentre essas mudanças, destacam-se: a) a aprovação da lei que tipifica o crime de tortura; b) a criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos; c) os intensos debates a respeito da competência para julgar os crimes praticados por policiais militares, cabendo menção à lei que transferiu para a Justiça Comum os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares; d) os debates acerca da federalização dos "crimes de direitos humanos"; e) propostas de reforma das polícias à luz do Estado democrático de direito (o que inclui a necessidade de mudanças na formação da polícia, nos códigos disciplinares, bem como o desafio da desmilitarização das

polícias); e f) a adoção da lei a respeito da instituição de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. (Piovesan, 2003, p.349)

Em períodos mais recentes, De Cicco e Gonzaga registram que no governo Lula, onde a política social foi mais intensa, surgiram os programas bolsa família e o PROUNI:

O Governo Lula destacou-se por implementar uma política mais robusta no campo social, criando o Bolsa Família, o Prouni (Programa Universidade para Todos) entre outros programas. Além disso, o salário mínimo aumentou em cerca de 155% em seus oito anos de mandato e o índice de desemprego caiu quase pela metade. (De Cicco e Gonzaga, 2016, p.270)

Teotônio e Dinalli, citam como exemplo de discriminação positiva a criação do Sistema de cotas nas Universidades:

A carta da República de 88 estabeleceu diversos dispositivos que não só possibilitam a adoção de discriminações positivas por parte do Estado e de particulares, mas de fato cria uma verdadeira obrigação para sua implementação, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, a adoção do princípio da igualdade material, a par do prestígio do princípio da igualdade formal cristalizada na fórmula do artigo 5º, I, não poderia ser mais explícita. (Teotônio e Dinalli, 2006, p.134)

Na legislação infraconstitucional, continuou a função promocional do direito, direcionando o legislador para criação dispositivos normativos com força suficiente para a efetivação das políticas sociais. Carvalho, destaca que existe um catálogo legislativo com a finalidade específica de concretizar a função promocional nesse nível:

Como já foi referido, várias legislações existentes no sistema conduzem à assertiva de que elas devem atender e cumprir a função social do direito que está predisposta no conteúdo da própria norma jurídica.

São exemplos clássicos, além da Constituição Federal, as seguintes legislações: Lei 4.717, de 29.06.1965 (Lei de Ação Popular); b) Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente); c) Lei 7.347, de 24.07.1985 (Lei de Ação Civil Pública); d) Lei 7.853/89 (Estabelece a defesa de pessoas portadoras de deficiência); e) Lei 7.913/89 (fixa a responsabilidade civil por danos causados aos investidores de mercados imobiliários); f) Lei 8.069/90 (Institui o Estatuto de Proteção à Criança e ao Adolescente); g) Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor); h) Lei 10.741, de 01.10.2003

(Estatuto do Idoso); i) Lei 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa); j) Lei 11.445, de 08.01.2007 (Lei de Política Nacional de Saneamento Básico e Ambiental) entre tantas outras.

Se, no âmbito de cada uma dessas legislações, os fins por elas perseguidos forem atendidos, as chances de se cumprir a função social do direito são totais, e nesse particular não haverá grandes necessidade de criar outras legislações, muitas vezes para disciplinar o que já existe e que não é colocado em prática. (Carvalho, 2013, p.225-226)

Conforme demonstrado, o resultado da síntese promocional no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais e sociais no âmbito dos poderes executivo e legislativo supera a realização material, em razão do estímulo a progressividade constitucional gerado por renovações estruturais (programas e legislações).

Em razão disso, a responsabilidade pela sua efetivação perante a população, recai sobre autoridades públicas, forças produtivas e sociedade civil organizada, que falhando em suas missões podem ser compelidas ao cumprimento coercitivo pelo poder judiciário. Esse aspecto da síntese promocional será analisado no próximo tópico.

3.2 FUNÇÃO DO DIREITO COMO SÍNTESE PROMOCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS VÍNCULOS E DAS DIRETRIZES ESTATAIS E REFORÇO DA PROGRESSIVIDADE: NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO

No tocante ao judiciário, a função promocional do direito obriga que se realize a interpretação dos dispositivos constitucionais fundamentais à luz da efetividade ótima e dessa forma, tornar denso os mandamentos constitucionais concretizadores dos direitos fundamentais, visando uma aplicação imediata, em especial nos casos que justifiquem a injunção:

Por sua vez, ao Judiciário compete: a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras. (Piovesan, 2003, p.344)

Essa perspectiva, situada na transição da atividade jurisdicional frente ao paradigma de suplantação do Estado liberal-individual pelo do Estado Democrático de Direito, está focada numa interpretação concretizadora e consolidou-se no reconhecimento da existência de uma velha hermenêutica jurídica e uma nova hermenêutica jurídica:

Por isso, e para que se possa construir a ideia de constituição como unidade coerente de normas fundamentadas em valores básicos da convivência democrática, torna-se indispensável a Hermenêutica. Ao ter como campo de investigação o processo de compreensão e vivência constitucional, qualifica-se como "Hermenêutica Constitucional". Seu principal objetivo consiste em compreender o sentido de toda a ordem jurídica em consonância com aquele atribuído à Constituição. E também hermenêutica jurídica, porém com a especificidade que veio a ser conquistada somente com a instituição do Estado Democrático de Direito, que consiste na posição central, e também hierarquicamente superior, ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Ou seja, é a percepção do relevante valor da Constituição que possibilita o desenvolvimento de uma Hermenêutica Constitucional, reconhecida já como Nova Hermenêutica — capaz de superar a "Velha Hermenêutica", fundada numa visão puramente positivista do Direito, consoante será oportunamente analisado. A Nova Hermenêutica possibilita a compreensão do Direito e da Constituição a partir de novo momento epistemológico-jurídico que vem sendo denominado pós-positivista. A partir desta perspectiva — que se esforça por superar o embate entre jusnaturalismo e juspositivismo — surgem novas possibilidades hermenêuticas não só em relação à Constituição e ao Direito Constitucional, mas também, para todas as manifestações normativas do

Direito, tanto no âmbito nacional (Direito interno) quanto na arena jurídica internacional (Direito Internacional Público, Direito Internacional dos Direitos Humanos). Tais possibilidades aumentam ainda mais quando o diálogo é travado também entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, fazendo surgir o Direito Constitucional Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na seara deste último, desenvolvido a partir do final da II Guerra Mundial, todo ser humano, pelo simples fato de ser pessoa, toma-se sujeito de Direito.

No pós-positivismo, busca-se superar a rigidez do formalismo e, ao mesmo tempo, assumir, objetivamente, compromissos com valores que outrora permaneciam num plano meramente teórico e metafísico, sem um respaldo do direito positivado. Quem desconsiderasse tais valores (justiça, liberdade, igualdade, dignidade...) não sofreria sanção alguma, salvo se incorresse na transgressão de uma "regra jurídica". Os princípios ficavam em último plano. Não gozavam de normatividade jurídica, salvo quando utilizados para "preencher lacunas da lei". Na Nova Hermenêutica, ao contrário, os princípios são entendidos como pilares que sustentam a ordem jurídica. (Gomes, 2011, p.56-57)

Para Bonavides, a divisão situa-se entre as perspectivas da antiga interpretação e da moderna interpretação, referindo-se ao esgotamento das possibilidades sociais no Estado moderno e a necessidade da superação desse paradigma:

A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal.

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados. Ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista.

A prevalência, daqui oriunda, do social sobre o jurídico, em razão do colapso das estruturas liberais, determinou em larga parte o observado declínio do Direito Constitucional, do mesmo passo que fez avultar Direito Administrativo, um sucedâneo provisório, que, enquanto perdura crise, se mostra mais apto e flexível a oferecer soluções pragmáticas imediatas, concretas. Está assim mais perto daquilo que se chama a realidade constitucional. (...) (Bonavides, 2016, p.487)

Gomes, na análise da relação entre estado democrático de direito e hermenêutica constitucional, dá destaque ao papel da dignidade humana:

Em síntese, o Estado Democrático de Direito é Estado comprometido com os valores da Democracia, entre os quais, o valor maior é o da dignidade da pessoa humana. E em respeito a este que os demais valores — vida, liberdade, igualdade, segurança, justiça, propriedade, desenvolvimento, justiça... devem ser assegurados. Sem o reconhecimento da dignidade presente em todo ser humano, os demais valores ficam sem uma referência que lhes possibilite produzir sentido coerente com a ideia de Democracia, conforme caracterizada na presente reflexão.

Reconhecida a dignidade humana como valor inviolável, resta fixado o limite para o exercício de qualquer modalidade de poder, seja este, político, econômico, social, religioso, ou de qualquer outra natureza. Dentre os vários paradigmas estatais considerados, somente o Estado Democrático de Direito assume a dignidade humana como fundamento do próprio Estado. Por isso, fixam-se, em sua Constituição, limites ao exercício do poder estatal, mediante o respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Destarte, o Estado Democrático de Direito é condição de possibilidade de respeito à dignidade humana, aos direitos fundamentais e vice-versa. Ou seja: Estado que não respeita e nem promove direitos humanos e fundamentais não considera a dignidade humana como seu fundamento maior. E, por isso, não é um Estado Democrático de Direito. (Gomes, 2011, p.284)

A presente reflexão quer destacar que o paradigma do Estado Democrático de Direito tem por fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não deve ser violado sob pretexto algum e, por isso, serve de bússola à hermenêutica constitucional. E mais: o efetivo respeito a tal princípio implica ações afirmativas (...) do Estado com o intuito de promover concretamente o respeito a tal dignidade, afastando-se todas as formas de exclusão social que inviabilizam o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização enquanto cidadão integrado em uma sociedade. Tal integração se concretiza mediante o gozo simultâneo de direitos humanos e fundamentais civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais... Cada um destes direitos corresponde ao atendimento de necessidades decorrentes das múltiplas dimensões presentes no ser humano.

Portanto, se ao Estado Democrático de Direito incumbe a defesa tanto dos direitos elencados explicitamente no texto constitucional como "fundamentais" quanto daqueles referidos pela Constituição como "direitos humanos", positivados nos tratados internacionais em que o Estado brasileiro figura como parte, não se justifica, para os fins desta reflexão, retomar toda a discussão conceitual sobre a possível diferenciação entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos". Importa dizer, no que se refere aos objetivos aqui buscados, que, em termos de concretização do Estado Democrático de Direito, ambos os conceitos são acolhidos no âmbito do referido paradigma. O que se constata é que, no âmbito internacional, direitos como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade são identificados como "direitos humanos", consoante lhes fazem referência os pactos internacionais e a doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No âmbito interno do Estado-nação, as constituições denominam tais direitos de "direitos fundamentais". (Gomes, 2011, p.286)

Ainda no século XX, conforme citado anteriormente, com a criação do Estado Social o direito ocidental incorporou a função social promocional como fonte diretiva para o legislador constitucional, estabelecendo um dever jurídico vinculante que atinge todos os poderes.

Na Carta Constitucional de 1988, a função promocional do direito não ficou restrita à perspectiva do papel da propriedade no contexto social. O constituinte foi além, ao produzir um texto com base científica e perspectiva sistêmica, esse dispositivo constituiu-se numa função promocional aplicável aos direitos fundamentais e sociais, visando concretizar os fins do Estado.

Em sentido análogo, deduz-se da obra de Piovesan que o valor jurídico da função promocional do direito foi vinculado ao conjunto de direitos e garantias fundamentais, representados pelo princípio da dignidade humana que compõe o núcleo constitucional:

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. Nesse cenário, questiona-se se a Constituição Brasileira de 1988 acolheu a concepção contemporânea de cidadania. A começar pelo caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, a resposta é afirmativa. Como já visto, a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo, pois, inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Logo, a Constituição de 1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos. (Piovesan, 2003, 339-340)

A vinculação brasileira, incorporou os axiomas que compõem o bem comum e a justiça social, presentes nas Constituições do México de 1917, e da Alemanha (Weimar) de 1919:

As Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, denominada Constituição de Weimar, são igualmente marcos do constitucionalismo, porque albergaram respostas constitucionais à chamada questão social. A partir destes documentos a questão social transformouse em questão constitucional, assinalando a ampliação do espaço jurídico dos sujeitos de direito, ampliação que segue uma ordem histórica, onde o constitucionalismo representa um ponto de chegada. A constituição veio destarte a configurar o

instrumento adequado para a definição dos novos direitos a serem incorporados ao patrimônio ético da humanidade. (Coelho, 2008, p.31)

Também pela análise do conteúdo dos referidos dispositivos, numa perspectiva sistêmica estruturante, como a de Muller, é possível afirmar que a função social promocional do direito está situada no núcleo da norma constitucional pátria:

Em oposição a esse mito a teoria estruturante do direito desenvolveu desde meados dos anos 60 uma concepção nova, pós-positivista da teoria do direito: a norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Eles se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser primeiramente produzida em cada processo individual de decisão jurídica, i.e., "trazida para fora" (hervorgebracht). Além disso, o âmbito da norma (Normbereich) pertence constitutivamente a ela. A "norma jurídica" se transforma assim em um conceito complexo, composto de programa da norma e de âmbito da norma. E "atividade concretizante" não significa mais tornar mais concreta uma norma jurídica genérica, que já estaria contida no código legal, mas significa, a partir de uma ótica e uma reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso decisório individual, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam cada vez "mais concretos", de uma fase a outra. Isso dinamiza ao mesmo tempo o trabalho dos juristas no eixo norma-caso, apreende esse trabalho de modo realista como um processo também temporal: texto da narrativa do caso e textos das normas na codificação, textos do programa da norma e do âmbito da norma texto da norma jurídica e da norma decisória (a parte dispositiva da decisão). Mas a dinamização próxima à realidade apreende também o eixo-norma-realidade: o âmbito da norma co-constitui a norma jurídica. Ele é desenvolvido a partir do âmbito da coisa [Sachbereich] e do âmbito do caso, i.e., diferenciado e operacionalizado. Além disso, os elementos de trabalho são hierarquizados: no caso de conflito entre eles, impõem-se por razões ligadas à democracia ou ao Estado de Direito os dados linguísticos; não deve existir nenhuma "força normativa do fático" (GeorgJellinek). Em casos de conflito metodológico entre os elementos individuais da concretização temos à disposição um catálogo de regras de preferência. O primado cabe aqui grosso modo aos respectivos argumentos mais próximos do texto da norma. (Muller, 2013, p.123-124)

Sob a influência do princípio da estabilidade social, ainda no século XX ocorreu uma reconstrução da hermenêutica constitucional:

Houve no século XX considerável renovação metodológica no exame de toda a matéria constitucional, com a aparição de novas direções interpretativas, que buscam em vão pôr termo às incertezas e querelas jurídicas oriundas principalmente da invasão e presença do princípio de estatalidade social nas Constituições. (Bonavides, 2016, p.492)

Na busca de novas perspectivas o método concretista surgiu com a possibilidade de suprir, por meio da interpretação, qualquer obscuridade relativa ao conteúdo material da Constituição:

O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. De modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma "compreensão" do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a "compreensão prévia" do intérprete ao problema cuja solução se busca. (Bonavides, 2016, p.492)

Contribuem para concretização normativa da Constituição, em igual importância, a jurisprudência, a ciência do direito, os órgãos e poderes estatais:

Na concretização da Constituição temos ao mesmo nível a jurisprudência do Direito e a Ciência Jurídica, o Legislativo, a Administração e o Governo, cujo trabalho sem exceção se dirige para a norma, sendo até mesmo o cumprimento da regra jurídica, quando não provoca um conflito constitucional ou uma controvérsia jurídica, uma forma de concretização normativa. Toda concretização constitucional é aperfeiçoadora e criativa. Entender o contrário significa atar-se ao dogma e ao preconceito de perquirir o Direito onde ele já não existe: a vontade subjetiva do legislador ou essa mesma vontade quando se objetiva na lei, tratando-se ainda nesse caso, de uma vontade desatualizada e imobilizada pelo texto da norma. (Bonavides, 2016, p.516)

Para Muller, a norma constitucional não reflete apenas um texto linguístico, mas sim um comando legal de natureza material que deve ser entendido não como substância da norma, mas sim como um procedimento efetivo, que em contato com a realidade se correlaciona e atinge sua concretização:

Compreendida paradigmaticamente de nova maneira, a norma jurídica não é apenas texto linguístico num primeiro momento, mas um modelo de ordem caracterizado materialmente [sachgeprägtes Ordnungsmodell]. E a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade determinada pela coisa). (Muller, 2013, p.124)

Segundo a Corte Constitucional da Alemanha, a regra constitucional, quando interpretada, deve respeitar os princípios constitucionais sendo, dessa forma, a autonomia da interpretação limitada pela própria norma. Além disso, as decisões produzidas não podem contrariar as atribuições de funções definidas na organização constitucional. Dessa maneira, tanto pelo meio e quanto pelo fim alcançado, esses limites devem ser mantidos:

O que mais chama a atenção aqui é o que se costuma denominar "princípios da interpretação da constituição"; do sistema jurídico dos EUA conhecemos, para citar um exemplo, as figuras do judicial self-restraint, da doutrina da political question ou da doutrina dos preferred freedoms. Introduziremos esses princípios aqui na forma na qual eles são discutidos nos países de língua alemã, cujos sistemas de codificação são estruturalmente mais aparentados com o sistema brasileiro de codificação. Também eles são, na sua maior parte, apenas subcasos de outros elementos da concretização. O que é autônomo, por um lado, é o imperativo da interpretação conforme a constituição, desenvolvido pela Corte Constitucional Federal da República Federal de Alemanha. De acordo com ele, uma prescrição legal sempre deve ser interpretada de modo a ser compatível com os princípios da constituição. Na ocorrência de várias possibilidades interpretativas defensáveis, a medida deve ser indicada pela possibilidade, na qual a regulamentação da lei se der em conformidade com a constituição; o princípio liga destarte a interpretação do texto da norma com o controle da norma. O segundo princípio autônomo é o da "correção segundo ele, a instância decisória não deve modificar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do modo de concretização nem por intermédio do resultado da mesma. Isso segue diretamente do direito (constitucional) vigente, mas oferece um exemplo importante de que a concretização (da constituição) é afetada integralmente por prescrições democráticas e sobretudo por prescrições relativas ao Estado de Direito, que são relevantes com vistas ao método, tais como deveres decisórios, deveres de fundamentação, vinculação à lei, imperativos da clareza de métodos e completude do direito vigente a ser consultado. (Muller, 2013, p.128-129)

Segundo Muller, o direito constitucional atual constitui-se por dois ambientes, o formal e o material, que por sua função normativa, oferece estímulos, restrições e vínculos para concretização dos direitos fundamentais em todo o cenário público. Isso ocorre por meio de uma técnica estruturante que garante a segurança jurídica, que preserva o modelo normativo e inclui toda a sociedade nesse processo:

Deve-se acrescentar a isso que o direito constitucional apresenta tipicamente âmbitos materiais — ou âmbitos de normas, dependendo do programa das normas especialmente amplas e ricas. Isso segue da sua função como codificação hierarquicamente suprema do sistema jurídico intraestatal, que

oferece impulsos limites e medidas vinculantes não apenas para todo o aparelho de estado e a sua atuação, mas também para a totalidade do ordenamento jurídico. Isso se torna especialmente claro nas contribuições intensas dos elementos do âmbito material e do âmbito da norma na concretização de prescrições referentes a direitos fundamentais e competências. A metódica estruturante dispõe aqui — e.g., para uma dogmática racional do âmbito dos direitos fundamentais ou para uma tipologia de estruturas de normas — de um campo fértil para o trabalho diferenciado, que pode ser exemplar para a concretização também fora da constituição. (Muller, 2013, p.129-130)

Destaca-se que a Constituição brasileira, na proteção dos direitos fundamentais, visando sua concretização, estruturou-se por meio de garantias, que permitem a organização social em sintonia com o amplo reconhecimento e exercício desses direitos, que integram a fundamentação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, na hipótese de omissão ou de tentativas de violação, também será a defesa ou a reintegração desses direitos, baseada nas referidas garantias:

Interessam-nos apenas as garantias dos direitos fundamentais, que distinguiremos em dois grupos:

(1) garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais "se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais". O "conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais", trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º, de que já falamos;

(2) garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, por seu lado, de dois tipos: (a) garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; (b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos. São destas que cuidaremos de modo mais pormenorizado no Título VI.

O conjunto das garantias dos direitos fundamentais forma o sistema de proteção deles: proteção social, proteção política e proteção jurídica.

As garantias constitucionais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais especiais são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular. Podem-se auferir tais vantagens e benefícios sem utilizar-se das garantias. Mas estas não conferem vantagens nem benefícios em si. São instrumentais, porque servem de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir. Assim, é fácil perceber que tais normas constitucionais de garantia são também direitos — direitos conexos com os direitos fundamentais — porque são permissões concedidas pelo Direito Constitucional objetivo ao homem para a defesa desses outros direitos principais e substanciais. Então, podemos afirmar que as garantias constitucionais especiais — e não direitos fundamentais — é que são os autênticos direitos públicos subjetivos, no sentido da doutrina clássica, porque, efetivamente, são concedidas pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições do Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos. (Silva, 2010, p.188-189)

Dessa forma, no Brasil, o constitucionalismo garantista trouxe possibilidades para o desenvolvimento de um sistema hermenêutico que baseado na ponderação permite o sopesamento de princípios e regras na aplicação dos direitos fundamentais e sociais.

Ferrajoli, na sua teoria do garantismo, defende uma visão quadridimensional do direito, representada por quatro postulados:

a) princípio da legalidade: representa a supremacia do direito sobre qualquer poder estatal ou privado, independente da perspectiva ser formal ou substancial, no antigo constitucionalismo não era realizado em sua totalidade, pois havia um predomínio da formulação legislativa, que sobrepunha o exercício jurisdicional e o executivo. Pelo novo constitucionalismo, o pressuposto de supremacia ancora-se como fundamento normativo e lógico, instituindo vinculação ao objeto tutelado pelas regras primárias:

O primeiro postulado é o princípio da legalidade, em ambas as acepções — ampla, formal ou legal; e estrita, substancial ou constitucional — distinguidas nos §§ 1.3 e 1.5. No velho paradigma legislativo, o princípio da legalidade, isto é, a submissão de quaisquer poderes ao direito, ainda era um princípio parcialmente não realizado. Era o produto da primeira, elementar articulação multinível do ordenamento jurídico, realizada com a distinção entre a produção legislativa do direito e a sua aplicação jurisdicional e administrativa,

a primeira supraordenada à segunda, mas, por sua vez, formalmente *legibus soluta*. Graças ao paradigma constitucional, o princípio da legalidade assume uma nova complexidade, como princípio normativo e, ao mesmo tempo, como princípio lógico. Com base nele, onde quer que haja um poder, seja ele público ou privado, executivo, judiciário ou legislativo, estatal, extraestatal ou supra-estatal, devem existir normas primárias, não apenas formais, mas também substanciais, que regulem o seu exercício, submetendo-o aos limites e aos vínculos nos quais consistem as garantias primárias correspondentes aos direitos e aos interesses constitucionalmente estabelecidos, bem como à separação entre os poderes que impedem as confusões ou concentrações destes. Mas a hierarquia das fontes equivale também a uma estrutura lógica, no interior da qual o princípio da legalidade equivale ao princípio da não contradição, que impõe como antinomia a incoerência entre as prescrições produzidas pelo exercício de qualquer poder, inclusive o poder legislativo, e as normas a ele supraordenadas. Ao princípio da mera legalidade, por força do qual a lei é condicionante da validade de todos os atos prescritivos a ela subordinados, o constitucionalismo rígido acrescenta o princípio da estrita legalidade, por força do qual a própria lei, por sua vez, é condicionada, dependendo de sua validade da conformidade das suas formas e da coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substanciais, sobre a sua produção. Trata-se de uma inovação estrutural em relação ao paradigma legislativo, em razão da natureza específica que, (...), diferencia a lei e as fontes a esta equivalentes de todos os outros atos jurídicos prescritivos. (Ferrajoli, 2015, p.62-63)

b) princípio da completude deôntica, funciona como uma proteção dos direitos previstos nas regras primárias, garantindo o dever jurídico que, ao mesmo tempo, impede sua subtração e impõe sua concretização perante qualquer poder:

O segundo postulado é o princípio da completude deôntica, por força do qual onde quer que existam direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos, como garantias primárias deles, os deveres correspondentes, isto é, a proibição de lesá-los e a obrigação de tutelá-los e de satisfazê-los, por parte das funções e instituições de garantias primárias, por sua vez separadas de qualquer outro poder. Este também é um princípio lógico e, ao mesmo tempo, normativo. Ele enuncia, particularmente, a normatividade dos princípios constitucionais e dos direitos por estes estabelecidos, os quais consistem em expectativas positivas ou negativas que implicam as correspondentes obrigações e proibições e, portanto, requerem, se levados a sério, leis de atuação, na ausência das quais se verificam lacunas responsáveis pela sua inefetividade estrutural. Exigem-se leis de atuação, precisamente, para a introdução das garantias primárias de todos os direitos sociais, das técnicas de tutela daqueles que, (...), chamarei de "bens fundamentais", bem como das normas penais voltadas à garantia dos direitos de liberdade ou imunidade. Até mesmo o direito à vida, se o homicídio não fosse proibido e punido pelo Código penal, resultaria, com base no princípio da legalidade penal, desvestido de garantias. Trata-se, por outro lado, de um princípio também tipicamente próprio do paradigma constitucional, o qual comporta a possível, mesmo que indevida, incompletude do ordenamento, isto é, a virtual e ilegítima existência de lacunas estruturais. Não haveria sentido, na verdade, falar disso no paradigma legislativo, no qual a lei é a fonte suprema do ordenamento e não se pode, portanto, falar de vínculos ou obrigações de legislar; assim como

não haveria sentido falar, em tal paradigma, do princípio de estrita legalidade como princípio jurídico, além de político e, portanto, de limites ou vedações de direito positivo impostos à legislação. (Ferrajoli, 2015, p.63-64)

c) princípio de jurisdicionalidade, permite a proteção das regras primárias evitando sua subtração, por meio do controle jurisdicional de atos e normas:

O terceiro postulado é o princípio de jurisdicionalidade, o qual impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também devem existir, contra as suas possíveis violações, normas secundárias, que predisponham a intervenção de garantias secundárias ou jurisdicionais levadas a efeito por funções e instituições de garantia, por sua vez secundárias, também estas separadas de qualquer outro poder. Isso supõe, evidentemente, o princípio da legalidade: somente a predeterminação legal do objeto que será levado a juízo serve, de fato, para fundar a jurisdição relativamente à verificação daquilo que pela lei ou pela Constituição foi estabelecido, segundo o princípio — simétrico e oposto àquele hobbesiano — *ventas, non auctoritas facit iudicium*. Com b nele, portanto, no modelo garantista, os juízes estão não apenas submetidos lei, mas também submetidos somente à lei. Trata-se de um princípio essencial à manutenção do Estado de direito, pois as garantias jurisdicionais secundárias ou instrumentais são uma condição necessária da efetividade das garantias primárias ou finais, formuladas com base nos princípios da legalidade e da completude: sem o controle jurisdicional sobre as violações do direito e, particularmente, sobre o direito ilegítimo, o próprio princípio da legalidade, seja em sentido amplo ou estrito, resultaria esvaziado. Este princípio também foi ampliado pelo paradigma constitucional, em face da ampliação já ilustrada do princípio da estrita legalidade. Ao controle jurisdicional da legalidade próprio do paradigma legislativo sobre os atos regulados pela lei se acresceu, na verdade, o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre a própria lei. Os juízes, ainda que sempre submetidos à lei, mas somente à lei considerada constitucionalmente válida, são impelidos a deixar de aplicá-la ou a suscitar a sua inconstitucionalidade perante os juízes constitucionais, quando a considerarem constitucionalmente inválida. (Ferrajoli, 2015, p.64-65)

d) princípio da acionabilidade, parte do pressuposto que havendo atividade jurisdicional, deverá ser garantido seu acesso a todos os titulares de direitos subjetivos:

Enfim, o quarto e último postulado é o princípio da acionabilidade, com base no qual, onde quer que exista uma jurisdição deve igualmente ser prevista, como ulterior garantia secundária, a sua ativação por parte dos titulares dos direitos e dos interesses lesados e, de modo complementar e subsidiário, por parte de um órgão público em condições de suprir a possível inércia ou hipossuficiência daqueles. Em suma, diante da lesão a um direito deve haver, parafraseando uma fórmula clássica, não apenas um juiz, mas também um Ministério Público em Berlim, que garanta igualmente aquele meta-direito, instrumental à garantia de todos os outros direitos, que é o direito de acesso

à justiça. (...), que, a meu ver, também decorre da lógica do paradigma constitucional. Por ora, basta dizer que ele é conexo não só ao princípio da jurisdicionalidade, mas também ao princípio da completude tal como é ditado pela constitucionalização dos direitos fundamentais. Para os direitos patrimoniais, aos quais correspondem imediatamente as garantias primárias das proibições e das obrigações respectivas, bastava, no velho paradigma legislativo, o tradicional direito de ação previsto para sua tutela, por exemplo, pelo art. 24 da Constituição italiana. Todavia, este direito individual nem sempre é suficiente para assegurar a garantia secundária dos direitos fundamentais. Em muitos ordenamentos, existem certamente vários outros tipos de acesso à justiça diretamente por parte dos cidadãos voltados à garantia dos seus direitos ou interesses coletivos: as ações populares de origem romana, hoje previstas na Itália para algumas questões eleitorais e administrativas de caráter local; as ações coletivas ou class actions, de origem norte-americana, mas hoje difundidas também na Europa, promovidas por um ou mais sujeitos, com efeitos ultra partes, em razão dos danos provocados a categorias de pessoas; os recursos de amparo para tutela dos direitos constitucionais do cidadão, presentes em Porém, mesmo nestes casos, trata-se de ações privadas, nem sempre em condições de assegurar a justiciabilidade das violações de direitos e de bens fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Daí a necessidade de assumir o princípio da acionabilidade como um princípio geral do modelo garantista MG, capaz de assegurar a efetividade dos outros três princípios — de jurisdicionalidade, de legalidade e de completude — por intermédio da integração da ação privada com aquele confiada um órgão público. (Ferrajoli, 2015, p.65-66)

Segundo Alexy, a ponderação é o raciocínio de avaliar e escolher. No campo jurídico, o referido autor tomou por base a atividade do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde destaca dois aspectos:

a) a norma fundamental da ponderação de leis, tendo como finalidade (premissa) a ideia de que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais e para aplica-los sem causar incompatibilidade com os demais torna-se necessários neutralizar eventuais problemas de lógica. O Tribunal Constitucional Federal aceita que existe uma situação de tensão e não de contradição:

No primeiro grau, o tribunal fundamenta que uma ponderação de bens é necessária e apresenta como ela deve ocorrer. Uma ponderação de bens é necessária porque determinações de direitos fundamentais distintos são correspondentes, que, se se pudesse aplicá-las independentemente uma da outra, iriam levar a resultados incompatíveis um com o outro. A formalização de normas de direitos fundamentais causa uma série de dificuldades. Elas, aqui, não podem ser discutidas, mas somente neutralizadas por reproduções muito simples. Aplicáveis são o artigo 2, alínea I, em união com o artigo I, alínea I, da lei fundamental, por um lado, e artigo 5, alínea I, proposição 2, da lei fundamental, por outro. Seja o artigo 2, alínea I, em união com o artigo I, alínea I, da lei fundamental, notado como "N¹", o artigo 5, alínea I, proposição 2, da lei fundamental, como "N²". Houvesse somente IVI, isto é, existisse uma

norma que os limita também não como norma não escrita, seria proibido irradiar o filme de televisão... Houvesse, de modo correspondente, somente IVI, iria valer (...). Considerados isoladamente, IVI e IV2 levam, portanto, como mostra a reunião (...), a uma contradição. Característico para o caráter lógico de normas de direitos fundamentais e ponto de partida da ponderação de bens é que o tribunal constitucional federal não fala de uma contradição, mas de uma situação de tensão (...). Isso significa que de NI, juntamente com uma descrição do caso e das regras precisadoras das expressões em N¹ — essas premissas adicionais serão, no que segue, sempre pressupostas, quando é falado conclusões de N¹ ou N², —, não sem mais O —n FNCl pode ser deduzido e de N? sem mais —n O —1 Eva, mas IVI, o primeiro, e o último, somente implicam o pressuposto, que também sob consideração de IV2 ou IVI, da norma em sentia contrário, cada vez, nenhuma outra coisa resulta. Formalmente, isso deve expresso pelo fato de tanto NI como IV2 serem dotados com uma condição, somente então admite um mandamento, proibição concreta ou uma permissão concreta, quando de uma norma cuja aplicação prevalece sobre a aplicação norma que está em questão, não outra coisa resulta. A diferença entre regras, que contêm tais condições (regras-B), e tais, nas quais elas não se encontram, (...) (Alexy, 2010, p.37-38)

Nessa ótica, quando ocorre um conflito e uma compensação não for possível a tipicidade e as particularidades do caso, deverão indicar qual pretensão deve ser afastada. Tendo a dignidade humana como valor central da Constituição, o Tribunal Constitucional federal adotou o princípio da proporcionalidade como ferramenta de baliza baseada em duas premissas:

a) quanto mais intenso for um interesse limitado, mais forte deverá ser o fundamento da escolha da outra pretensão:

A ponderação de bens serve à fundamentação de vii ou viii. Como regras fundamentais da ponderação de bens, o tribunal constitucional federal formula como corolário da "dignidade humana, como o centro do sistema de valores da constituição"..., as cunhagens distintas do princípio da proporcionalidade, das quais, no transcórreer ulterior, sobretudo, tem importância o princípio conhecido como princípio da proporcionalidade em sentido restrito. (Alexy, 2010, p.39)

b) a ponderação geral, nesse nível o Tribunal resolve que o interesse geral deve prevalecer sobre particular:

No segundo grau da fundamentação, o tribunal constitucional federal, primeiro, faz uma ponderação de bens geral segundo essas regras. Ele discute, como primeiro — completamente no sentido de ix. e x. — sob inclusão de resultados d: investigações empíricas, as repercussões de filmes documentários do tipo em questão... Nisso, ele chega à conclusão que tais emissões "regularmente" apresentam "uma intervenção grave" na "esfera de

personalidade" do autor... Associado a isso, o tribunal examina — de novo completamente no sentido de ix. e x. — a justificação dos interesses em sentido contrário. Ele comprou que, geralmente, a intensidade da intervenção ainda é sobrepujada pela fortidão da justificação dos interesses em sentido contrário: "Se se pondera o interesse de informação não escrito por uma reportagem correspondente na televisão (L geralmente contra a invasão, com isso unida forçosamente, no âmbito da personalidade do autor..., então merece, para a reportagem atual sobre condutas níveis (A'), o interesse da informação, no geral (G'), a primazia."... No c de A portanto, quando existe uma reportagem atual sobre condutas puníveis deve, com isso, caso não existam condições particulares, impedoras de uma reportagem (G'),... (Alexy, 2010, p.40)

Para Ávila, a questão de regras e princípios permite um bom entrosamento com o método da ponderação. As normas descritivas imediatas no momento da sua aplicação devem ser correlacionadas com seus fins e valores diante dos fatos. Os princípios finalísticos imediatos são normas que para sua aplicação, que em razão da sua complementariedade, necessitam de uma correspondência entre as prestações e as características resultantes da conduta:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim são conteúdos desejados. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos. (Ávila, 2005, p.70-71)

Nesse sentido, verifica-se que o autor define a ideia de que o princípio sempre se reporta a um fim, dessa forma constituindo no seu objeto por excelência. Nesse caso, os meios podem ser variados de acordo com as necessidades, tornando-se fins e meios entrelaçados.

Portanto, a determinação de comportamentos torna-se fundamental para efetivação dos fins, pois são convertidos nas reais necessidades pelas quais são definidos os meios:

(...) Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido. (Ávila, 2005, p.72)

Entretanto, segundo Ávila é importante a definição de diretrizes para selecionar os comportamentos, sendo estas a saber:

a) definição com alta precisão dos fins, objetivando facilitar sua concretização:

O início da progressiva delimitação do fim se faz pela construção de relações entre as próprias normas constitucionais, de modo a estruturar uma cadeia de fundamentação, centrada nos princípios aglutinadores. A leitura da Constituição Federal, com a percepção voltada para a delimitação dos fins, é imprescindível. Por exemplo, em vez de jungir a Administração à promoção da saúde pública, sem delimitar o que isso significa em cada contexto, é preciso demonstrar que a saúde pública significa, no contexto em análise e de acordo com determinados dispositivos da Constituição Federal, o dever de disponibilizar a vacina x para frear o avanço da epidemia "y". Enfim, é preciso trocar o fim vago pelo fim específico.

Bem concretamente, isso significa (a) ler a Constituição Federal, com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; (b) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; (c) tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio. (Ávila, 2005, p.73)

b) pesquisa jurisprudencial dos casos emblemáticos, com o objetivo de compor a real necessidade:

Casos paradigmáticos são aqueles cuja solução pode ser havida como exemplar, considerando-se exemplar aquela solução que serve de modelo para a solução de outros tantos casos, em virtude da capacidade de generalização do seu conteúdo valorativo. Por exemplo, ao invés de meramente afirmar que a Administração deve pautar sua atividade segundo os padrões de moralidade, é preciso indicar que, em determinados casos, o dever de moralidade foi especificado como o dever de realizar expectativas criadas por meio do cumprimento das promessas antes feitas ou como o dever de realizar os objetivos legais por meio da adoção de comportamentos sérios e fundamentados. Enfim, é preciso substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização.

Bem concretamente, isso significa (a) investigar a jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, para encontrar casos paradigmáticos; (b) investigar a íntegra dos acórdãos escolhidos; (c) verificar, em cada caso, quais foram os comportamentos havidos como necessários à realização do princípio objeto de análise. (Ávila, 2005, p.73-74)

c) utilização da analogia na análise dos referidos casos, buscando construir um conjunto de casos integrados à solução para um mesmo núcleo problemático:

Ao investigar alguns casos (o caso de um funcionário que agiu conforme memorando interno de uma instituição financeira, que mais tarde não o quis cumprir; o caso de um estudante que teve deferido seu pedido de transferência de uma Universidade para outra, e anos mais tarde teve sua transferência anulada, por vício formal; e o caso de uma empresa que obteve a concessão de um benefício fiscal, durante anos, para a promoção de um projeto empresarial, até tê-lo anulado por irregularidades formais), constata-se que, em todos eles, as decisões do Poder Judiciário giraram em torno do problema relativo à proteção da legítima expectativa criada pelo próprio Poder Público na esfera jurídica do particular, notadamente quando essa expectativa se consolidou, no plano dos fatos, durante anos. Enfim, é necessário abandonar a mera catalogação de casos isolados, em favor da investigação do problema jurídico neles envolvido e dos valores que devem ser preservados para sua solução.

Bem concretamente, isso significa (a) analisar a existência de um problema comum que aproxime os casos diferentes; (b) verificar os valores responsáveis pela solução do problema. (Ávila, 2005, p.74)

d) levantamento de características visando a identificação dos bens jurídicos tutelados em razão da situação e dos prováveis comportamentos:

Alguns casos investigados na análise do princípio da moralidade podem revelar, de um lado, o dever de realizar o valor da lealdade e, de outro, a necessidade de adotar comportamentos sérios, motivados e esclarecedores para a realização desse valor. Enfim, troca-se a busca de um ideal pela realização de um fim concretizável.

Bem concretamente, isso significa (a) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, quais são os comportamentos necessários para a realização de um princípio; (b) expor os critérios que

podem ser utilizados e os fundamentos que levam à sua adoção. (Ávila, 2005, p.74)

e) definidos os bens e os comportamentos na concretização, em sentido reverso, investiga-se outras aplicações do princípio utilizado:

O segundo passo no exame dos princípios, como já foi mencionado, refere-se à investigação da jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, para em cada caso paradigmático, quais foram os comportamentos havidos como necessários à realização do princípio objeto de análise.

Casos há, no entanto, em que determinado princípio é utilizado sem que ele seja expressamente mencionado. Em outros casos, embora obrigatória a promoção do fim, o princípio não é utilizado como fundamento. Em face dessas considerações; é preciso, depois de desveladas as hipóteses de aplicação típica do princípio em análise, refazer a pesquisa, dessa feita não mediante a busca do princípio como palavra-chave, mas por meio da busca do estado de coisas e dos comportamentos havidos como necessários à sua realização.

Em outras palavras, isso significa (a) refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; (b) analisar criticamente as decisões encontradas, reconstruindo-as de acordo com o princípio em exame, de modo a evidenciar sua falta de uso.

Esses passos demonstram que se trata de um longo caminho a ser percorrido. Todo o esforço exigido nesse percurso tem uma finalidade precisa: superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal. (Ávila, 2005, p.75)

No método proposto por Ávila, além das referidas diretrizes, situam-se como uma espécie de outra face da moeda os dispositivos denominados de postulados normativos. Esses dispositivos tem a missão de definir a maneira de como será aplicado o dever jurídico contido nos princípios, fornecendo amparo estruturante entre meios e fins.

Nesse sentido, Ávila apresenta as seguintes diretrizes para análise dos postulados normativos aplicativos:

a) pesquisa de casos que encontraram resolução baseada em algum postulado normativo:

A Investigação dos postulados normativos inicia-se com a análise jurisprudencial. É preciso encontrar casos que tenham sido solucionados mediante a aplicação dos postulados em análise. A importância da

proporcionalidade e da razoabilidade, por exemplo, cresce a cada dia na jurisprudência brasileira. Não são poucos os acórdãos que as utilizam. Bem concretamente, isso significa (a) investigar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em busca de decisões que tenham mencionado a utilização de postulados normativos; (b) obter a íntegra dos acórdãos em que são mencionados os referidos postulados. (Ávila, 2005, p.91)

b) verificação do embasamento de decisões conferindo ordem e forma dos elementos correspondentes:

Depois disso, é necessário analisar a fundamentação das decisões, com a finalidade de encontrar quais os elementos que foram ordenados e como foram relacionados entre si. Como já foi referido, os postulados normativos estruturam a aplicação de outras normas. Sendo assim, é de todo imprescindível verificar quais normas foram aplicadas, e como o foram. Por exemplo, o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.

Bem especificamente, isso significa (a) analisar as decisões e verificar os elementos ou grandezas que foram manipulados; (b) verificar quais as relações consideradas essenciais entre eles. (Ávila, 2005, p.91)

c) análise das normas aplicadas e dos respectivos fundamentos que definiram sua escolha:

Como os postulados são deveres que estruturam a aplicação de normas jurídicas, é importante examinar não só quais foram as normas objeto de aplicação, como, também, a fundamentação da decisão. Por exemplo, o postulado da proporcionalidade exige que as medidas adotadas pelo Poder Público sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. No caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que determinava utilização de balança especial para a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o Tribunal analisou o meio utilizado (determinação da utilização de balanças), o fim buscado (princípio da proteção dos consumidores) e o princípio colateralmente restringido (princípio da livre iniciativa). Segundo se depreende pela leitura da íntegra do acórdão, a recorrente alegava que o meio não era totalmente adequado à promoção do fim (segundo parecer do INMETRO, as balanças seriam impróprias para medir o conteúdo dos botijões, pois o uso dos manômetros não atendia à finalidade proposta, por ser a indicação do gás liquefeito de petróleo em massa e não em unidade de pressão), outros meios menos restritivos poderiam ter sido escolhidos (lacre, selo, vigilância) e as desvantagens (dispêndio com a compra das balanças, repasse dos custos para o preço dos botijões, necessidade de deslocamento do consumidor até o veículo transportador) superavam as vantagens (maior controle do conteúdo dos botijões, proteção da confiança dos consumidores). Enfim, o exame do acórdão permite verificar os elementos analisados e as relações exigidas entre eles.

Em pormenor, isso significa (a) verificar os elementos ou grandezas que foram manipulados; (b) encontrar os motivos que levaram os Julgadores a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles. (Ávila, 2005, p.91-92)

d) definida a estrutura referente a utilização do postulado, deverão ser analisados outros casos igualmente amparados por ele (percurso inverso):

O primeiro passo no exame dos postulados, como já foi referido, é a análise de decisões que os tenham utilizado expressamente. Casos há, porém, em que determinado postulado é utilizado sem que ele seja expressamente mencionado. Em outros casos, embora presentes os elementos e a obrigação de estabelecer um modo específico de relação entre eles, o postulado não é utilizado. Noutros casos, ainda, existe a menção expressa a determinado postulado, mas os elementos e a relação entre eles são diversos dos elementos e das relações existentes em casos decididos supostamente com base no mesmo postulado. Em face dessas considerações, é preciso, depois de as hipóteses de aplicação típica dos postulados, refazer a pesquisa, dessa feita não mediante a busca do postulado como palavra-chave, mas por meio da busca dos elementos e das relações que servem de suposto à sua aplicação.

Simplificadamente, isso significa (a) refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; (b) analisar criticamente as decisões encontradas, reconstruindo-as argumentativamente de acordo com o postulado em exame, de modo a evidenciar a falta de uso ou seu uso inadequado. (Ávila, 2005, p.92-93)

Conforme citado anteriormente, os postulados normativos atuam como deveres estruturantes impondo relação entre elementos, entretanto por não atuarem da mesma forma são também variados. São divididos em duas espécies, inespecíficos e específicos:

1) os inespecíficos:

a) ponderação de bens, onde o método utilizado visa a determinação de pesos a elementos relacionados sem a atribuição de conceitos materiais:

A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. "Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos

princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. (Ávila, 2005, p.94-95)

b) concordância prática, busca identificar a finalidade orientadora da ponderação, resultando no máximo dever de efetivação entre os valores relacionados:

Nesse contexto, também aparece a concordância prática como a finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito. (Ávila, 2005, p.96)

c) proibição de excesso, funciona como um sistema de proteção que visa proibir a restrição exagerada de qualquer direito fundamental, ao ponto de destituí-lo da sua eficácia mínima:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. (Ávila, 2005, p.97)

2) os específicos:

a) igualdade, atua também no sentido proibitivo a qualquer tipo de análise discriminatória, proporcionando um nivelamento entre o fim e o postulado, estruturando a aplicação em razão dos elementos imbricados:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a

ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A concretização do princípio da igualdade depende do critério medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve... (Ávila, 2005, p.101)

b) razoabilidade, oferece estrutura para a utilização de outras normas, princípios e regras, embora sua utilização seja bem variada, destaca-se na busca do razoável da própria interpretação, considerando sua restrição, seu fim e sua função legislativa:

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Embora as decisões dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda assim é possível — até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito — reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza. Por isso, não se pode afirmar que a falta de utilização expressa de critérios no exame da proporcionalidade e da razoabilidade não permita ao teórico do Direito saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os critérios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (Ávila, 2005, p.102)

c) proporcionalidade, talvez o postulado mais desafiador, pois a função de endereçar a cada um a sua proporção, requer que se analise a relação de causalidade entre dois elementos (um meio e um fim), buscando adequação, necessidade e as vantagens:

O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Sua aplicação, evidentemente, tem suscitado vários problemas. O primeiro deles diz respeito à sua aplicabilidade. Sua origem reside no emprego da própria palavra "proporção". A ideia de proporção é recorrente

na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No direito eleitoral fala-se em proporção entre o número de candidatos e o número de vagas como condição para a avaliação da representatividade. No direito tributário menciona-se a obrigatoriedade de proporção entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade. No direito processual manipula-se a ideia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual. No direito constitucional e administrativo faz-se uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E na avaliação da intensidade do gravame provocado fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim e assim por diante. A ideia de proporção perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios. (Ávila, 2005, p.112)

Ressalta Tavares, que o critério da proporcionalidade consolidou-se como um mecanismo que possibilita um sopesamento em casos de conflitos principiológicos:

Celso Ribeiro Bastos considera o critério da proporcionalidade "um guia à atividade interpretativa, não apenas por elucidar certas questões conflituosas, mas por apresentar-se como aplicável em qualquer interpretação. Nessa perspectiva, o princípio estaria a integrar necessariamente o método de interpretação do Direito. O princípio encontra-se como uma diretriz entre os métodos de interpretação tradicionais e os princípios que pautam a aplicação destes.

Esse posicionamento encontra guarida nas concepções contemporâneas do Direito, que o qualificam como um sistema aberto de normas. Diante da complexidade das relações sociais de nosso tempo, não há como descer à concreitude da vida social para apreendê-la em sua totalidade. Floresce, portanto, a normatização de condutas, por via indireta, através de parâmetros colocados por normas, que, apesar do grau de abstração, contam com existência objetiva.

Dentro desse contexto, o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de "otimização de princípios", ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta. (Tavares, 2011, p.777)

Referindo-se à doutrina alemã, Tavares explora seus pontos de consenso com relação aos elementos do critério da proporcionalidade:

a) conformidade ou adequação dos meios utilizados, consiste em buscar uma correlação entre meios e fins, onde se possa aferir a possibilidade de que essa escolha represente uma possibilidade de que o fim pretendido seja realizado. Enfatiza

que é necessário nesse momento uma análise de eventual relação entre a finalidade genérica da lei e o fim específico que se destina:

O elemento correspondente à conformidade ou adequação dos meios representa a necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado. Não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) com o emprego do meio selecionado.

Nesse sentido, Canotilho leciona: "(...) a exigência de conformidade pressupõe que se investigue e prove que o acto do poder público é apto para e conforme os fins que justificaram a sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

Ademais, para caracterizar-se como inidôneo quanto à sua conformação aos fins colimados o meio deverá ser totalmente inviável.

Pressuposto desta etapa está na identificação da finalidade da lei. É que as leis devem conter, além de uma finalidade genérica, pública, de visar ao interesse público, da coletividade, uma finalidade mais específica. Essa finalidade não necessariamente há de estar estampada na lei, nem tão pouco há de se passar a exigir para todo documento legislativo uma exposição de motivos e finalidades. É tarefa hermenêutica a identificação do fim específico da lei, bem como de sua constitucionalidade e, em seguida, da proporcionalidade do meio eleito em relação a esse fim auferido da lei. A doutrina ainda carece de um estudo mais aprofundado e esclarecedor acerca da metodologia mais apropriada para um levantamento adequado da finalidade de cada lei. (Tavares, 2011, p.780-781)

b) necessidade ou exigibilidade, nesta fase, impõe-se a necessidade de buscar a melhor opção, entendida como aquela que ao cidadão traga a menor perda e para o Estado a melhor condição de custo benefício, enquadrando a para outras possibilidades disponíveis (decisão ótima):

A necessidade ou exigibilidade equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins. Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão. Exige-se, nessa medida, a escolha do meio menos gravoso, do mais suave para alcançar o valor desejado. Nesse passo, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício. Assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão. Não há como realizar essa operação mental de verificação da exigibilidade sem que se promova uma busca "externa" ao dispositivo objeto de análise, para fins de verificação das demais "possibilidades" (alternativas) existentes, e à disposição do legislador/administrador. Trata-se da otimização das possibilidades fáticas. Dentro dessa linha de pensamento, CANOTILHO cita condições inerentes à noção de necessidade: "a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no

tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados. (Tavares, 2011, p.781)

c) proporcionalidade em sentido estrito, nesse momento a correlação entre meios e fins, significa a melhor escolha de possibilidades jurídicas concretas, mantendo estrita sintonia com o conteúdo substancial do direito fundamental, os valores tutelados e pretendido pelo cidadão diante da questão fática do caso:

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, significa a relação entre meios e fins que seja, no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, "juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial' (Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. Nesse mesmo sentido é a lição de Juan Cianciardo, que estabelece a ligação entre proporcionalidade e garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Portanto, como se percebe, ao contrário do segundo elemento, a exigibilidade, que impõe uma otimização de possibilidades fáticas, aqui se impõe uma otimização das possibilidades jurídicas. Contudo, observa Leonardo Martins, há uma diferença, neste ponto, entre algumas das teorias que incorporam a proporcionalidade em sentido estrito. E que em algumas a ponderação deve levar em conta apenas a verificação axiológica propriamente dita, enquanto em outras, na esteira da teoria de Alexy, combinam, neste momento, a ponderação axiológica e elementos fáticos ligados ao caso concreto.

Trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas. São "pesadas" e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (Tavares, 2011, p.782)

d) proporcionalidade e razoabilidade, nesse caso, para esse autor, torna-se importante uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, seja a proporcionalidade considerada como inserida na razoabilidade ou com autonomia de sopesamento, o fato é que existe uma correspondência entre elas, porém ambas permitem dimensionar meio e fim segundo a causalidade:

Para um mais completo entendimento do conceito de proporcionalidade é relevante a diferenciação, embora muitos doutrinadores os igualem entre a proporcionalidade e a razoabilidade.

Segundo Raphael Queiroz, "A diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais

ampla que a proporcionalidade. Sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades (...)"

De acordo com o citado autor, o conceito de proporcionalidade está inserido no de razoabilidade, (...) inevitável, então, a ligação entre a razoabilidade e a 'qualidade' da atuação concreta, e entre a proporcionalidade e a 'quantidade' daquela, visando-se à proibição do excesso (...)

Em outra linha, Humberto Ávila, de maneira bastante técnica, assinala e demonstra que a proporcionalidade há de ser compreendida de maneira distinta da razoabilidade. Enquanto aquela (proporcionalidade) implica uma relação de causalidade entre meio e fim, a razoabilidade não contém, em si, uma referência dessa magnitude. E exemplifica com o caso da culpa e da pena, no qual não há relação de causalidade entre esses elementos — de maneira que um fosse considerado meio e o outro fim — mas apenas, em suas palavras, "uma relação de correspondência entre duas grandezas". (Tavares, 2011, p.783)

Diante das atuais demandas sociais, a hermenêutica jurídica, tornou-se ambiente suscetível para promover em conjunto aos demais poderes a função promocional do direito, em razão da característica típica da atividade jurisdicional de solucionar conflitos.

Conforme demonstrado, admite-se que a função promocional do direito tenha seu dever jurídico vinculado ao núcleo constitucional. Nessa perspectiva, sua aplicação pelos poderes estatais, possibilita que a democracia transcenda o seu aspecto formal e que o Estado proporcione a cidadania plena, motivando a ação dos vários atores sociais que contribuem para o desenvolvimento humano.

Dessa forma, o direito pode ser aceito como um aliado da justiça social, tornando-se um instrumento de realizações dos fins sociais da vida, que compõem a chamada dignidade humana.

Apesar da crise institucional e da crítica que se faz aos poderes estatais, no tocante a sua dificuldade em otimizar a aplicação dos direitos fundamentais e sociais, é possível afirmar que a efetivação desses direitos quando ocorre, ocorre por meio da função promocional do direito, conforme demonstrado anteriormente.

Conforme demonstrado, o resultado da síntese promocional no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais e sociais no âmbito do poder judiciário, supera a realização material, em razão do estímulo a progressividade constitucional gerado por decisões que permitem a efetivação de prestações estatais (renovações estruturais) cujo alcance pode ser individual ou coletivo.

CONCLUSÃO

Conforme citado anteriormente, do ponto de vista sociológico e sistêmico, o direito nasce na sociedade e atua para a sociedade desempenhando funções sociais correlatas: controle social, regulação, solução de conflitos, integração social, legitimação do poder social, estabilização de expectativas e promocional.

No primeiro capítulo, partindo de uma visão sociológica, na perspectiva dos sistemas jurídicos, foi possível verificar que para esse meio de organização social adequar-se à nova ordem imposta pelo Estado Democrático de Direito, tornou-se necessário que superasse sua dimensão formal, por meio de uma reestruturação funcional.

No modelo que dava suporte ao estado liberal, as funções sociais do sistema limitavam-se a regular e proibir, obtendo-se como resultado um controle social baseado na repressão, focava na proteção das liberdades e direitos individuais.

Essa perspectiva, reduziu o direito a uma funcionalidade essencialmente normativa, que destoava dos seus fundamentos axiológicos. Essa visão reducionista foi amparada pelo positivismo jurídico, que por meio da codificação posicionou a norma escrita como principal fonte do direito.

Entretanto, essa perspectiva sistêmica por não considerar o conteúdo substancial da norma, acabava por se distanciar da realidade social, surgindo a necessidade de novas visões sistêmicas que pudessem propor alternativas, que superassem essa distância, considerando a própria natureza social do direito.

As propostas que se seguiram, tentaram inovar por meio da utilização da linguagem como método mais apropriado para identificação dos pressupostos jurídicos. Inicialmente, buscando definir qual categoria de expressão linguística pertencem as regras jurídicas. A percepção mais rápida foi no sentido da categoria diretiva, em razão de conter uma ideia de ordem.

Entretanto, tais expressões não eram suficientes para identificação do direito vigente, seria necessário utilizar-se das assertivas, pois essas expressões permitem descrever o direito e não simplesmente prescrever.

Partia de uma premissa, onde o principal seria a descrição e a identificação das normas primárias, que ao serem conhecidas orientam psicologicamente o momento

da escolha das ações, daí sendo estabelecido o direito vigente. Essas teorias rejeitavam fundamentações jurídicas jusnaturalistas.

Posteriormente, surgiram teorias discursivas que buscaram recepcionar princípios e regras, assim como o contexto histórico-social, diferenciando-se na perspectiva de sistemas fechados ou abertos, conforme verificado.

Nesse sentido, admite-se a possibilidade de que as funções sociais do direito foram reestruturadas, buscando-se pela via da promoção, oferecer prestações positivas ou negativas. Essa técnica visa, por meio da normatização, desencorajar as condutas indesejáveis e encorajar os comportamentos desejados, utilizando-se de recompensas e benefícios sociais.

Verifica-se nesse primeiro capítulo, que a perspectiva aceita a possibilidade que a atuação do sistema jurídico ocorre por meio de funções sociais, que podem ser concretizadas na perspectiva promocional, trazida pelo Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, partindo da concepção proposta pela doutrina social, como possibilidade para superação do modelo liberal-individual. Verifica-se que para que o indivíduo possa atingir um desenvolvimento pleno na sociedade, torna-se necessário uma relação de interdependência, portanto exigindo compromissos solidários e recíprocos que permitam o progresso de ambos.

Nesse contexto, o Estado fica submetido ao Direito, sendo, portanto, um prestador de serviços à população. Uma boa gestão pública é fruto da obediência às leis e do governante que utiliza o poder estatal para o bem comum.

A Constituição de 88 consagrou um modelo de democracia participativa, onde tanto o povo quanto o Estado submetem-se à legislação nacional. Nesse sentido, o Estado brasileiro está compelido a concretizar vários deveres jurídicos com a finalidade de promover os direitos fundamentais.

Essa ideia aproxima-se da iniciativa desenvolvida no presente trabalho, sobre a função promocional do direito possuir uma abrangência que impõe uma submissão vinculativa a todos os poderes.

Dessa forma, por via de consequência, sendo os direitos fundamentais e sociais integrantes do núcleo constitucional, verifica-se que são dotados de eficácia imediata, superando a condição de norma programática.

O processo hermenêutico percorreu um longo período para atingir o estágio atual. Na fase do Estado liberal-individual com apelo legalista, era baseado principalmente no sentido gramatical, sendo a lei escrita sua principal fonte.

Havia justificativa de que as normas jurídicas eram criadas por um processo legislativo, legitimado pelo modelo de representação, dessa forma, não eram leis impostas por déspotas, mas estabelecidas por consenso.

Entretanto, após a aprovação do Código de Napoleão, a interpretação literal já demonstrava suas deficiências para atender uma população que antes era constituída na maioria por camponeses, que em razão da nova realidade industrial, começou a migrar para os centros urbanos e formar a classe operária.

Dessa forma, os intérpretes deveriam buscar soluções diante do conflito produzido por uma norma estática e a rápida mudança social. Apesar das iniciativas, tanto da pesquisa histórica dos textos legais, na busca do espírito da lei ou da vontade do legislador, as dificuldades cognitivas exigiam mais recursos.

A proposta do direito livre, libertava o intérprete das normas, porém não conseguia impor um critério de limitação à liberdade discricionária dos juízes.

Com a perspectiva do direito como ciência e o aumento da legislação, tornou-se necessário à sua sistematização. Ocorre que o método científico, trouxe uma proposta baseada na lógica formal, que se demonstrou insuficiente.

O culturalismo restaurou a possibilidade de um direito axiológico, com ênfase no bem comum, interesse público e na dignidade humana, compreendidos num cenário cultural e histórico.

Diante da pressão social, como reação ao aumento da desigualdade e dificuldades ao acesso dos bens suficientes para uma vida digna, surge a aceitação da possibilidade de que o Direito e o Estado são instituições sociais e devem direcionar suas funções para o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, dos indivíduos. Inicialmente por meio do Estado social e posteriormente com o Estado Democrático de direito.

Para atender essa nova demanda, o Estado vem construindo um reposicionamento da sua atuação, buscando eficácia material.

A função promocional do direito estava presente nos primeiros estados sociais, porém não havia uma capacidade instrumental normativa para sua viabilidade material, na proporção das expectativas sociais.

No entanto, a Constituição de 88 resolveu também essa questão instrumental, estabelecendo um modelo processual, composto por normas princípios e garantias, que impõe sua supremacia e integração com a legislação infraconstitucional.

Nesse segundo capítulo, identificou-se que o Estado Democrático de Direito, definiu como seu propósito a promoção da dignidade humana, por meio da concretização dos direitos fundamentais e sociais, assegurados por garantias e diretrizes constitucionais, que vinculam os poderes estatais a um direito promocional, sem oposições doutrinárias que possam impedir o reconhecimento da sua eficácia imediata, como direitos subjetivos na área administrativa ou jurisdicional.

Ao aceitar-se essa perspectiva de vínculos e diretrizes como fundamentos do dever jurídico que compele o Estado em legislar e efetivar os direitos fundamentais e sociais que compõem o núcleo constitucional por meio de prestações e programas, em consequência, é forçoso aceitar que essas manifestações materiais são resultantes de uma síntese.

A medida em que os vínculos e diretrizes, condicionam as ações futuras do Estado a atingir fins determinados, seus resultados vão efetivar-se como renovações estruturais que estimulam referencialmente a progressividade constitucional.

Esse fenômeno, não foi detectado pelas teorias dos autores citados no presente trabalho, porque quando reconhecem o dever jurídico, o fazem relativo a estrutura e sua efetivação é vista como uma satisfação disponível, em razão da eficácia imediata e da progressividade tutelada pelas garantias constitucionais.

Na primeira etapa do terceiro capítulo, para que se confirme essa tese, foi apresentada a síntese promocional do direito como um dispositivo de efetivação dos vínculos e diretrizes estatais, relativo ao dever jurídico que compele o seu exercício aos três poderes e gera reforço de vínculo de progressividade. Apesar de utilizar as obras de vários autores que chegaram até o momento da efetivação, seja porque o contexto histórico das suas obras não permitia aquela compreensão ou porque o objeto escolhido tinha outra dimensão, simplesmente passou despercebido os resultados identificados no presente trabalho.

Destaca-se, como causa principal da ausência do registro desse fenômeno, nas teorias dos autores citados no presente trabalho, o fato de que quando identificam o dever jurídico, o fazem relativo a respectiva estrutura nuclear. Nessa ótica, a sua efetivação é vista como uma satisfação disponível, em razão da eficácia imediata e da progressividade tutelada pelas garantias constitucionais, presentes na mesma estrutura.

A presente tese diferencia-se dessa perspectiva, à medida em que demonstra que a efetivação baseada no raciocínio anterior ocorre por meio de uma síntese promocional, em razão de que os vínculos e diretrizes condicionam as ações futuras do Estado a atingir fins determinados. Dessa forma, esses resultados efetivam-se como renovações estruturais, que ao nascerem das efetivações, reforçam referencialmente a progressividade constitucional, conforme foi demonstrado na atuação promocional dos poderes legislativo e executivo, na segunda etapa e do judiciário na terceira etapa.

Na segunda etapa do terceiro capítulo (3.1), verifica-se que a função promocional do direito teve sua origem com a chegada do Estado Social e suas primeiras constituições, sendo posteriormente recepcionada pelo Estado Democrático de direito.

Na constituição portuguesa, conforme citado anteriormente, por meio de uma direção legislativa, que estabeleceu os fins materiais que o Estado pretende atingir, foi vinculada a concretização dos direitos fundamentais e sociais a uma função promocional do direito e aos poderes estatais igualmente vinculados.

A Constituição brasileira de 88, também utilizou um sistema de vínculos no tocante aos direitos fundamentais e sociais, seja na atuação do legislador na elaboração de dispositivos que estabeleçam parâmetros para atividade estatal ou que definam direitos subjetivos, impondo deveres jurídicos aos poderes estatais e aos particulares.

Esse perfil, oportuniza a possibilidade de definir o Estado brasileiro como um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais e sociais, por meio de uma função promocional orientada por programas e diretrizes. Nesse contexto, as políticas públicas, a medida em que promovem o direito social, legitimam o papel do Estado como provedor.

Confirmando a atuação da função promocional do direito junto ao legislativo e executivo, a criação do Programa Nacional de Direitos Humanos em 1996, permitiu que, no Brasil, os direitos humanos atingissem o patamar de política pública. Sendo relançado em 2002 com iniciativas específicas para concretização dos direitos sociais.

A criação da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, permitiu o estudo e execução de políticas públicas por meio de programas especiais. Posteriormente, surgiram os programas bolsa família, PROUNI e sistema de cotas nas universidades.

A função promocional do direito atuou também na legislação infraconstitucional, voltada para efetivação das políticas sociais, visando a proteção da criança, do idoso, do consumidor, entre outros destinatários.

Conforme demonstrado nessa etapa (3.1), o resultado da síntese promocional no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais e sociais no âmbito dos poderes executivo e legislativo supera a realização material, em razão do estímulo a progressividade constitucional gerado por renovações estruturais (programas e legislações).

Em razão disso, a responsabilidade pela sua efetivação perante a população, recai sobre autoridades públicas, forças produtivas e sociedade civil organizada, que falhando em suas missões podem ser compelidas ao cumprimento coercitivo pelo poder judiciário. Esse aspecto da síntese promocional foi demonstrado na segunda etapa (3.2).

Com relação ao judiciário, a função promocional do direito, criou a possibilidade para que se promova a interpretação dos dispositivos constitucionais à luz da efetividade ótima, concretizando o máximo possível de direitos fundamentais.

Com o surgimento do estado Democrático de direito, foi preciso desenvolver uma nova hermenêutica jurídica, que pudesse atender as necessidades de superação do antigo Estado liberal-individual. Nesse contexto, conforme citado anteriormente, a doutrina reconheceu o papel nuclear da dignidade humana, no âmbito da Constituição de 88. Diante das atuais demandas sociais, a hermenêutica jurídica, tornou-se ambiente suscetível para promover em conjunto aos demais poderes a função promocional do direito, em razão da característica típica da atividade jurisdicional de solucionar conflitos.

O constituinte produziu um texto com perspectiva sistêmica, onde o valor jurídico da função promocional do direito foi vinculado ao conjunto de direitos e garantias fundamentais, que compõem o núcleo constitucional.

O método de interpretação estruturante procura suprir, por meio da interpretação, qualquer obscuridade relativa ao conteúdo material da Constituição.

No Brasil, o constitucionalismo garantista, trouxe possibilidades para o desenvolvimento de um sistema hermenêutico, baseado na ponderação que permite o sopesamento de princípios e regras na aplicação dos direitos fundamentais e sociais. Seu critério mais importante é o da proporcionalidade, que busca um equilíbrio entre meios e fins da concretização dos direitos subjetivos.

Conforme demonstrado, o resultado da síntese promocional no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais e sociais no âmbito do poder judiciário, supera a realização material, em razão do estímulo a progressividade constitucional gerado por decisões que permitem a efetivação de prestações estatais (renovações estruturais) cujo alcance pode ser individual ou coletivo.

Em conclusão, ressalta que apesar da crítica histórica ao poder estatal, citada ao longo do trabalho, quando ocorre a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, seja no âmbito administrativo ou jurisdicional, ocorre por meio da função do direito como síntese promocional na efetivação dos vínculos e diretrizes estatais, com reforço da progressividade constitucional em razão das prestações, programas e incentivos (renovações estruturais).

Dessa forma, o direito promocional é aceito como um aliado da justiça social, tornando-se um instrumento de realizações dos fins sociais da vida, que compõem a chamada dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A. R. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2013.
- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ALVES, Elizete Lanzoni. **Iniciação à Antropologia Jurídica: Por onde caminha a humanidade?** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. (orgs). **Estudos em Direito Negocial: relações privadas e direitos humanos**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ARNAUD, André Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BICUDO, Hélio Pereira. **O direito e a justiça no Brasil: uma análise crítica de cem anos**. São Paulo: Símbolo, 1978.
- BITTAR, Eduardo C. B. (organizador). **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Manole: São Paulo, 2007.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**.: São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2016. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

BRASIL, **Código de Processo civil**. Brasília: Senado, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL, **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2015

BROCHADO, Mariá. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2^a- Coimbra Editora, 2001.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa jurídica: metodologia de aprendizagem**. Curitiba: Juruá, 2008.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social**. Juruá editora 2ed. 2013. Curitiba.

CASTRO, Flavia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

CHALITA, Gabriel. **O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Mallheiros, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____ **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Sasha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COMTE, Auguste. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Ana Darwich... (et al) Coordenação: Jean Carlos Dias, Marcus Alan de Melo Gomes. **Direito e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CURIA, Luiz Roberto; CESPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. (colaboradores). **Códigos de Processo Civil comparados**, São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo. Saraiva, 1995.

DE CICCIO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade**. São Paulo: Ícone, 1993.

_____ **Uma crítica idealista ao legalismo: a filosofia do direito de Gioele Solari**. São Paulo: Ícone, 1995.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.104.

_____ **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ **As lacunas no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____ **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada**. Saraiva: São Paulo, 2012.

_____ **Norma Constitucional e seus efeitos**. 8ªed. Saraiva: São Paulo, 2009.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**/ trad. Márcio Pugliesi. – 3ªed. – São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____ **Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello stato**. Firenze, 1950.

_____ **Lecciones de Derecho público general: impartidas em la Facultad de Derecho de la Universidad egípcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926**. Madrid: Marcial Pons, 2011

_____ **Soberania y libertad**. Buenos Aires: Editorial Tor.

DUROZOI, Gerard. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Papyrus, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____ **Uma questão de princípios**. São Paulo: Matins Fontes, 2000

ESTEVEES, João Luiz Martins. **O comando jurídico-político da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____. **Teoria geral do direito constitucional.** Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, Direitos Sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERACINE, Luiz. **Direito, Moral, Ética e Política.** Campo Grande: Solivros, 2000

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5ªed. – São Paulo: Atlas, 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Golçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: saraiva, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política.** Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

_____. **O fim da história e o último homem.** Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GUERRA, Sidney. (coord). **Direitos humanos.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Política do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá, 2011.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista. **(Re) pensando o Direito: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I: entre facticidade e validade**. Vol.I Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

_____ **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____ **Direito e Moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do Direito**, tomo I, 2009.

KANT, Immanuel. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A CRFB/1988 encontra Keynes: a viabilidade do Estado Social nos momentos de crise**. In: Direito e Desenvolvimento. Coordenação Jean Carlos Dias, Marcus Alan de Melo Gomes (coordenadores). São Paulo: Método, 2014.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. Tradução Alvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G.. **Sistema e estrutura no direito, vol.1: das origens à escola histórica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

_____ **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHIAVEL, Niccolo. **O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte**, tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARITAIN, Jacques. **Introdução geral à filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1989. 16. ed.

MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível**. São Paulo: Atlas, 2003.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. Tese (Doutorado em Direito). PUC. São Paulo, 2012.

MEDINA, Javier Garcia. **Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale**. Valladolid: Ediciones Graphes, 1995

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1978.

MENDES, Antonio Celso. **Direito: ciência, ideologia, política**. Curitiba: HDV, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **O curso de filosofia do professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97-98.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2016.

Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (organizador). **Argumentação e Estado Constitucional**. 1ªed. São Paulo: Ícone, 2012.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

NETTO, Luísa Cristina pinto. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

NOBRE, Marcos. REPA, Luiz. (orgs). **Habermas e a reconstrução**. Campinas: Papyrus, 2012.

NUNES, Luiz Antonio. **Manual de Introdução ao Estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da Política Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo Judicial no Processo Civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda Editora, 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias, FERRARO, Susi Andrade, **Direito Ao Desenvolvimento Como Direito Fundamental**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Ensaio em homenagem a Franco Montoro: humanista e político**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. São Paulo: Edusp, 1977.

_____ **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996. 17. ed.

_____ **Política e Direito: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo; Saraiva, 2000.

_____ **Teoria tridimensional do direito.** São Paulo: Saraiva, 1986.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; MARQUES, Verônica Teixeira (coordenadoras). **Direito e modalidade social: novos desafios.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

ROCHER, Guy. **Tacott Parsons e a sociologia americana;** tradução de Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: F. Alves, 1976.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **Direito e Política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; Costa, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; Barbosa, Samuel Rodrigues. **Nas fronteiras do formalismo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **A tutela declaratória – uma proposta de revisão e atualização com base no método compreensivo-normativo e na experiência jurídica tridimensional de Miguel Reale.** Tese (Doutorado em Direito) PUC, São Paulo, 2011.

_____ **A tutela específica individual e a proteção dos direitos da criança e do adolescente.** Dissertação (Mestrado em Direito). PUC. São Paulo, 2005

SANCHIS, Luis Prieto. **Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional.** In Argumentação e Estado Constitucional. São Paulo: Ícone, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2007.

_____ **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição pragmática.** São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Rogério Dutra dos. (org). **Direito e política.** Porto Alegre: Síntese, 2004.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica: lógica e método do direito, problemas sociais e controle social.** São Paulo: Saraiva, 1997.

Schwarz, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático.** São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ **Teoria do Conhecimento Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins. **O Direito e as políticas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.** Porto Alegre: UNISINOS, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Lei de introdução e parte geral.** São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ **Tribunal e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: IBDC, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica.** São Paulo: Juarez de oliveira, 2003.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire; DINALLI, A. **Discriminações positivas e o sistema de cotas nas universidades: acertos e equívocos.** In: Direitos humanos e reforma do Estado. São Paulo: Millennium, 2006.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafaela Bicca (coord). **Função Social do Direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.

UPP - **Unidade de Polícia Pacificadora.** Disponível em: www.upprg.com/index.php/o_q_e_upp

VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social.** São Paulo: Cortez, 2004

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Noeses, 2010.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1995.

_____ **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZANATA, Rafael Augusto Ferreira. **Direito e desenvolvimento no século XXI: rumo ao terceiro momento?** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo1.pdf>

ZERNERI, Márcio Barbosa. **Função Social da Ciência Jurídica**. Maria Helena Diniz (coordenadora) In: *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.