A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS ADQUIRIDOS NA TEORIA DOS DIREITOS: ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

THE CONSTITUTION AND THE INDIVIDUAL RIGHTS IN THE THEORY OF LAW: BETWEEN POSITIVISM AND PÓS-POSITIVISM.

Geovany Cardoso Jeveaux*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O tema dos direitos adquiridos em face da Constituição é normalmente tratado na dogmática jurídica constitucional como de resultado evidente: a sua inexistência perante Constituições novas e o seu reconhecimento, via de regra, diante de Emendas Constitucionais. Todavia, no campo da teoria do direito, esse mesmo tema não permite uma abordagem reducionista e evidente, podendo ser encontrada uma coincidência no resultado de teorias tão diversas como as de KELSEN, HART e DWORKIN, propósito final do presente trabalho.
Palavras-chave: Constituição. Direito adquirido. Teoria do direito.

Abstract: The individual rights theme is normaly treated in the dogmatic constitutional law as an evidence result: they dont exist in face of the new Constitutions although they exist in face of the amendments. However, in the field of theory of law, this same theme doesnt admit such reduccionist and evidence result, because the conclusions of the KELSEN´s, HART´s and DWORKIN´s theories, although start from the different premises, seem to take the individual rights to the same place: it´s protection against the law and even the Constitution.
Key Words: Constitution. Individual rights. Theory of law.

1. Introdução

No presente trabalho, pretendo reconhecer nos trabalhos positivistas de KELSEN e de HART e pós-positivista de DWORKIN as defesas que fizeram aos direitos contra eventuais investidas de leis ou constituições posteriores ao seu nascimento, partindo desde já da certeza de que não se ocuparam diretamente desse assunto e talvez nem teriam defendido qualquer proteção em face de mudanças constitucionais.

O tema dos direitos adquiridos tem correlação direta com a idéia de direitos subjetivos que, por sua vez, relacionam-se com o direito de propriedade. Num rápido retrospecto, o direito de propriedade foi outrora afirmado como um elemento da liberdade individual e como o resultado do trabalho do homem, tornando-se parte integrante de seu corpo. Nessa noção lockeana, a propriedade é um direito individual que surgiu antes do estado de sociedade, sendo, portanto, um limite natural ao poder do estado constituído pelo consenso/contrato social (BOBBIO, 1997: pp. 192, 201-220). As revoluções liberais do fim do Séc. XVIII moldaram essa visão individualista no chamado estado de direito e, para a proteção do direito de propriedade, a dogmática tratou de trabalhar a noção de direito subjetivo, como aquele que: 1) se deduz de um direito objetivo (criado pelo Estado); 2) a partir da ocorrência de um fato jurídico previamente

*Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional-PUC/RJ, Doutor em Direito Público-UGF/RJ, Professor de Teoria da Constituição no Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais-FDV/ES e Juiz do Trabalho-TRT 17ª Região.

fixado e que se refira diretamente à esfera jurídica de um titular determinado (individual); 3) que passa a ter o poder de exigir uma prestação de um titular passivo (objeto de uma obrigação legal ou contratual - aspecto material); 4) inclusive pela via judicial (aspecto processual). Se uma lei (direito objetivo de base) posterior à aquisição das condições de exercício desse direito subjetivo lhe modifica os contornos ou simplesmente o extirpa do ordenamento, afirma-se a sua continuidade, apesar de ainda não ter se concretizado, em nome da "estabilidade das relações jurídicas" (leia-se: em nome do direito de propriedade). Se, ao contrário, a mudança ocorre por uma nova constituição ou por uma emenda constitucional, costuma-se dizer que contra ela não existem direitos adquiridos, o que contraria o ponto de partida de todo o raciocínio: a retórica segundo a qual os direitos individuais precedem o estado e, portanto, a própria Constituição.

Enquanto o positivismo, grosso modo, confere prevalência ao direito criado pelo Estado e, portanto, rejeita qualquer precedência de um direito não positivo (natural) e não estatal (individual), o pós-positivismo pretende levar a sério mais uma vez os direitos individuais, não mais com base num direito natural precedente, mas em princípios extraídos do próprio sistema positivo e embebidos de uma moral presente nas comunidades. Até que ponto essas teorias respondem à pergunta sobre se existem ou não direitos adquiridos em face de uma constituição nova, essa é uma conclusão que deixo para examinar ao fim do trabalho, após relatar e pôr em confronto as teorias do direito daqueles três autores.

2. O Positivismo de Kelsen

2.1 A teoria pura do direito

Logo no Prefácio da primeira edição de seu livro Teoria Pura do Direito, KELSEN enuncia seu propósito de teorizar o direito purificado de qualquer "ideologia política" e de "elementos de ciência natural", não no sentido de sua formação, mas de seu conhecimento "científico". Essa ciência tem pretensão de "objetividade e exatidão" ou de ser uma "instância objetiva", geradora de neutralidade (KELSEN, 1991, pp. 53 e 74)[1].

Para isso, adota um "princípio metodológico fundamental", destinado a "libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos". Embora a teoria não ignore a conexão do direito com outros campos do conhecimento, almeja tratá-lo à parte, a fim de evitar um "sincretismo metodológico" (ibidem, p. 1).

O direito é encarado como uma "ordem normativa da conduta humana" ou um "sistema de normas de regulam o comportamento humano". Como sistema, exige uma unidade lógica, conferida pela derivação de uma norma a outra até uma norma fundamental, sendo com isso, também, uma teoria holística (ibidem, pp. 4, 51, 207 e 220)[2].

É na norma fundamental que "...se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista", onde o direito positivo é válido apenas objetivamente, ou seja, como algo possível, e não necessário, e onde essa validade é "condicionada pela pressuposição da norma fundamental". Positivo, aí, refere-se a algo "posto" (concreto) por alguém autorizado a fazê-lo por uma norma "pressuposta" (abstrata) (ibidem, pp. 10 e 236).

2.1.1 A norma fundamental pressuposta

A designação de fundamental alude ao fundamento de validade do direito, enquanto ordem ou sistema de normas. Cuida-se, portanto, de um imperativo, e não de um ato de vontade constituinte, como se passa com a constituição. Ela é pressupos-

ta[3] porque não pode ser posta no mundo dos fatos concretos, vale dizer, não pode ser criada por uma autoridade. Ela tem natureza hipotética, sendo "...apenas uma norma pensada". Sua função é dar natureza jurídica às normas e sustentar a validade da ordem jurídica (=direito), enquanto "ordem normativa da conduta humana", ou "sistema de normas que regulam o comportamento humano", como seu "último fundamento de validade". Esse sistema tem de ser uno, e essa unidade é adquirida pela derivação de uma norma inferior à superior, até a norma fundamental, numa "construção escalonada" e hierárquica de normas. Sendo um pressuposto lógico-teórico, ela fundamenta a validade de qualquer ordem jurídica positiva, qualquer que seja a sua coloração política, não sendo portanto nem justa e nem injusta (ibidem, pp. 4-5, 9, 25, 34, 50-51, 207, 213-214, 219, 223, 235-236 e 283)[4]

KELSEN diz, textualmente, que a norma fundamental é uma constituição no sentido lógico-jurídico, enquanto "fato fundamental" da criação do direito. Difere da constituição no sentido jurídico-positivo, enquanto texto criado por um poder constituinte. Esse poder constituinte pode ser desempenhado por um órgão especial (assembléia constituinte) ou comum (poder legislativo ordinário), derivando: 1) de um costume; 2) da produção normativa de um indivíduo ou de um pequeno grupo; ou 3) da produção normativa de uma assembléia de indivíduos (autoridade legislativa). A norma fundamental tem uma "instância constituinte" que não recebe seu poder de outra norma concreta. Outrossim, ela se refere: 1) imediatamente: a uma constituição concreta, produzida pelo costume ou por um estatuto; e 2) mediatamente: à ordem coercitiva criada a partir da constituição. Portanto, não é de escolha livre, mas vinculada (ibidem, pp. 50, 54, 211-212, 214, 224, 242).

Imaginando o mundo como uma única ordem jurídica, KELSEN encontra a norma fundamental na pressuposição de que as normas globalmente eficazes vinculam os Estados. No plano interno de cada Estado, a pressuposição é de obrigatoriedade da primeira constituição histórica, ou seja, daquela que dá seqüência às demais, autorizando a criação de uma nova constituição. Essa primeira constituição é a primeira no sentido jurídico-positivo, a menos que haja uma revolução bem sucedida, caso em que a primeira constituição histórica passa a ser aquela criada pelo ato revolucionário (ibidem, pp. 213, 215 e 233-234).

Esse monismo da ordem jurídica foi resumido por KELSEN no livro Teoria Geral do Direito e do Estado, na seguinte ordem de argumentos: a) o direito interno exerce uma função meramente complementar em relação ao direito internacional (1990, p. 352-354); b) todas as matérias são possíveis ao direito internacional, mas não ao direito interno (ibidem, p. 354); c) há uma única ordem jurídica, precedida por uma norma fundamental de validade: c.1) a pressuposição de obrigatoriedade do costume internacional; c.2) seguida do aforismo *pacta sunt servanda* referente a tratados concretos; c.3) normas de órgãos criados pelos tratados, como as cortes e os conselhos (ibidem, pp. 358-359); d) visão holística das ordens: lógica, e não histórica, porque tradicionalmente os Estados vieram antes de uma ordem internacional (ibidem, pp. 359-360); e) o direito internacional é aplicável de imediato aos Estados quando as suas constituições omitirem sobre a sua prevalência ou afirmarem a prevalência do direito internacional, salvo se: e.1) exigirem a transformação do direito internacional em direito interno; e.2) exigirem, em determinados casos, que apenas as leis internas sejam aplicadas (ibidem, p. 367); f) validade universal do direito internacional,

independentemente do reconhecimento, que é então presumido (reconhecimento tácito, contrário à teoria do reconhecimento) (ibidem, pp. 369-370); g) a soberania dos Estados é "delegada" pelo direito internacional (ibidem, pp. 370-371); h) o tratado "revoga" a lei interna, e é por ela "revogado", conforme a regra *later in time rule* (ibidem, p. 367).

Na estrutura das normas, há entre elas um vínculo de validade que dirige a última norma à anterior, e assim sucessivamente até uma norma fundamental hipotética, que é pressuposta como condição primeira de validade (existência). No âmbito interno, a norma fundamental é a pressuposição de validade e de obrigatoriedade da primeira constituição, que "... prescreve que devemos nos conduzir como os 'pais' da constituição e os indivíduos autorizados (delegados) - direta ou indiretamente - pela constituição ordenam" (ibidem, p. 120). No âmbito internacional, a norma pressuposta é a obrigatoriedade do costume internacional, sob a seguinte fórmula: "os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume". Somente a partir dessas normas pressupostas é que as normas podem ser concretamente consideradas e hierarquizadas, nessa ordem: *pacta sunt servanda* dos tratados internacionais; normas emanadas pelos órgãos criados pelos tratados; constituições dos Estados, e assim por diante.

2.1.2 Estática e dinâmica da Ordem Jurídica e a validade e eficácia das normas

A recondução das normas ao seu imediato fundamento de validade representa o caráter estático da ordem jurídica[5], enquanto que o poder/competência criado pela norma fundamental para a geração das normas representa o seu caráter dinâmico. Este último é o conteúdo da norma fundamental, que não determina o conteúdo da norma a ser então criada, limitando-se a lhe fornecer o fundamento de validade (1991: pp. 207-209).

Uma norma é válida, portanto, quando criada pela autoridade competente e pelo procedimento pré-determinado para esse mister. Assim, uma lei é válida quando o seu sentido objetivo for dado pela constituição que, por sua vez, pressupõe que todos se conduzam de acordo com ela (ibidem, pp. 8-9, 147-148, 206, 212 e 215)[6].

A validade difere, contudo, da eficácia, nos seguintes pontos: 1) a validade pertence ao mundo do "dever-ser", ou seja, diz respeito à simples existência objetiva da norma (por um ato de autoridade competente e pelo procedimento pré-estabelecido), enquanto que a eficácia alude ao "ser", isto é, ao fato real da norma "ser efetivamente aplicada e observada"; 2) a eficácia dependente da validade, mas um mínimo de eficácia é condição da validade da norma; 3) a validade vem cronologicamente antes da eficácia; 4) a validade é aplicada a um tempo e espaço determinados, sendo tais circunstâncias indiferentes para a eficácia; 5) a validade é o dever de uma conduta, enquanto que a eficácia é o fato de efetivamente alguém se conduzir de acordo (ibidem: pp. 11-13, 50 e 231) [7].

A eventual desconformidade de uma norma com outra superior, que lhe concede validade, não implica em invalidade imediata. A norma, nesse caso, é considerada provisoriamente válida, até que seja anulada por uma autoridade competente, e mediante um procedimento determinado para tanto. Isso explica porque as expressões de norma "ilegal" ou "inconstitucional" são uma *contradictio in adjecto*, porque toda norma é objetivamente válida até que seja extirpada do ordenamento pelos meios por ele previstos. Trata-se de uma anulabili-

dade, e não de nulidade, porque a norma permanece válida até a tal decisão, que, por isso, tem natureza constitutiva, e não declaratória, desde que a norma era válida até então e, portanto, não podia ser "nula desde o início" (*ex tunc*), valendo aqui, para o direito, a metáfora do Rei Midas: "da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico" (ibidem: pp. 55-56, 284-285 e 293-294)[8].

A inconstitucionalidade, por isso, significa a invalidade de um ato em seu sentido subjetivo, por não se adequar ao sentido objetivo da norma constitucional que lhe confere validade (ibidem: pp. 55-56).

2.1.3 As Normas e o seu Conteúdo

No sistema kelseniano, a norma confere significado jurídico objetivo a um ato, enquanto "esquema de interpretação", mas ela é o produto de outro ato, que recebe o seu significado de outra norma, até a norma fundamental. Sendo uma "ciência" objetiva, a TPD, estruturada num sistema escalonado de normas, não admite que elas tenham conteúdo, porque isso exige a mistura de direito e política e sugere um núcleo "justo" e, portanto, valorativo (ibidem: pp. 3-5, 11, 49, 53, 214 e 236).

Mas a norma regula o comportamento humano como um dever-ser, no sentido de prescrever (comandar) ou permitir condutas, e isso é o que faz do direito uma "ordem normativa da conduta humana". Nesse dever-ser da conduta é que está o conteúdo das normas, acrescido de seus efeitos. Uma conduta é prescrita ou permitida mediante coação estatal, que é exercida através da sanção. Esta última compreende prêmio e castigo como o "motivo da conduta socialmente desejada". Este é o elo de ligação do direito e do Estado, entendido como ordem social idêntica ao direito ou a "personificação da ordem jurídica" (1991: pp. 7, 13, 15, 27, 37 e 58; 1990: pp. 4-5).

A regulamentação da conduta, através das normas, ocorre de duas maneiras: 1) positiva: a) no sentido de obrigar a uma conduta; b) no sentido de conferir poder ou competência para produzir ou intervir na produção de normas; 2) negativa: conduta não regulada e nem proibida. Somente nesse sentido a norma atende a um valor: 1) positivo (ou "bom"): quando a conduta está de acordo com a norma; 2) negativo (ou "mau"): quando não está de acordo com ela. Assim, "a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real" (1991: pp. 16-18).

Esse valor é correlato ao conceito de norma, mas diverso de sua ciência (TPD), que é objetiva, sendo de natureza humana, e não divina. Com ele apenas se quer dizer que a conduta de acordo com a norma é positiva ("boa"), e que a conduta contrária é negativa ("má"), como ponto de partida para a sanção (ibidem, pp. 20, 23 e 71).

Sendo a conduta regulada tanto positiva quanto negativamente, não há espaço para as lacunas no ordenamento jurídico. A conduta negativa, ou seja, "o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido", exclui qualquer possibilidade de o sistema de normas ser aberto a ausências de normação da conduta (ibidem, pp. 200, 261-263).

2.1.4 As Lacunas e a Discricionariedade Judicial

Quando duas condutas não reguladas entram em conflito, entende-se que elas são igualmente permitidas e, por isso, qualquer decisão a respeito deve rejeitar a pretensão do autor da demanda, porque a ordem ju-

rídica somente protege "interesses bem determinados" (ibidem, pp. 261 e 263).

Nesse caso, não se fala em lacuna, porque a ausência de uma norma geral sobre uma conduta positiva autoriza a conduta negativa. Somente quando essa ausência é considerada "indesejável" pelo tribunal, "do ponto de vista da política jurídica", por "não eqüitativa ou desacertada", pode ele criar uma norma individual, via decisão, a partir de uma norma geral que lhe pareça correta/satisfatória/adequada/desejável/acertada. A isso KELSEN denomina de função criadora de uma norma individual, ou "margem de livre apreciação*"* na falta de norma geral, porque ela mesmo, quando existente, não pode prever todas as *"*particularidades do caso concreto". A norma jurídica geral é uma "moldura", tanto mais larga quando autoriza simplesmente ao tribunal a criar a norma individual.

Portanto, somente existe discricionariedade judicial na falta de norma jurídica geral, quando o tribunal considera essa ausência "injusta ou não eqüitativa", "quer dizer, como não satisfatória". Nesse caso, o tribunal recebe a competência para criar uma norma jurídica individual "*ex novo* de direito material", que não tem índole legislativa, precisamente por se referir a uma norma individual, e não geral. Apenas quando o tribunal cria uma norma também geral é que ocorre uma "concorrência com o órgão legislativo", representando uma "descentralização da função legislativa".

Em resumo, o tribunal cria: 1) norma individual (como "direito material novo"): quando a norma geral prevê uma conduta negativa, ou seja, não tem seu conteúdo predeterminado por uma norma geral; 2) norma geral: quando a norma geral cria conduta positiva, ou seja, confere conteúdo predeterminado a uma norma individual, mas de modo não unívoco. Em ambos os casos, o tribunal gera um precedente, que é ele mesmo uma norma geral, porque vinculante de decisões futuras e cujo objetivo é unificar a jurisprudência (ibidem, pp. 216-268).

2.1.5 Direito Subjetivo e proteção da liberdade mínima

A atuação do tribunal ocorre, ordinariamente, para a solução de problemas concretos, diante de "interesses bem determinados", conforme visto acima. Nesse lugar comum, o tribunal está autorizado a criar uma norma individual, específica para o caso concreto.

Esses "interesses" podem ser tidos como direitos e, nessa qualidade, pertencentes à esfera jurídica de algum sujeito determinado? Em caso de resposta positiva, está-se diante de um direito subjetivo? KELSEN responde a essas indagações enumerando os sentidos usuais em que um direito é tido como subjetivo: 1) como contraposição a um dever; 2) como distinto de um "direito objetivo"; 3) como poder de conduzir-se de algum modo. Para ele, todavia, um direito subjetivo é apenas a conformação de uma conduta a uma norma, ou o "simples reflexo de um dever jurídico*"*. Nele não há um sujeito ativo, mas tão-somente um sujeito passivo, porque o beneficiário da conduta é apenas o objeto da própria conduta. O dever[9] tem prioridade sobre o direito no positivismo, ao contrário do direito natural, que afirma o oposto (ibidem, pp. 138-143 e 147).

Como decorrência, não existem direitos subjetivos, na qualidade de interesses pessoais, que possam ser extraídos da norma (direito objetivo). O direito subjetivo não é um interesse de direito material, mas "...apenas a proteção ou tutela desse interesse, por parte do Direito objetivo", porque, diante de ofensa, há uma sanção que somente o Estado pode aplicar, através

de suas autoridades e seus procedimentos previamente estabelecidos. O direito subjetivo, em resumo, é uma simbiose de um direito reflexo (reflexo de um dever jurídico favorável ao titular) com o direito de agir, no qual este último e a sua "essência". Sem "ação" o direito é juridicamente irrelevante (ibidem, pp. 146-149).

KELSEN, portanto, ignora não apenas a existência de um direito no plano das relações materiais, chamando-o de "interesse", como algo ainda incerto na sua existência e titularidade, como se afasta das teorias imanentistas do direito de agir, que encontram no direito material o próprio direito de ação: o objeto de toda obrigação é uma prestação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa, e o objeto dessa prestação é o poder que o credor tem de exigir do devedor essa mesma prestação, donde se segue que "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura" (art. 75 do CCB revogado).

O direito de ação é uma garantia processual de um interesse, e não de um direito material insulado no patrimônio do autor em relação ao patrimônio alheio. Por isso as decisões criadoras de norma individual, na discricionariedade dos tribunais, são a criação, elas mesmas, de um direito material novo, de eficácia retroativa. Quem cria um direito material é a norma individual, e não a simples ocorrência do fato jurídico descrito no direito objetivo, porque aí se tem apenas um interesse, reflexo de um dever de conduta (direito reflexo). Ao mesmo tempo, uma norma geral pode ser também retroativa, hipótese em que não muda os fatos passados, limitando-se porém a modificar o seu significado normativo (ibidem, pp. 14, 154-155 e 263).

Num quadro assim desenhado, nenhum "interesse" se põe sob total proteção contra as decisões políticas estatais, e nenhum titular desse "interesse" pode afirmá-lo como um direito contra tais decisões, salvo um "mínimo de liberdade". Essa "liberdade inalienável", não inata ou natural, deriva da "limitação técnica" da ordem jurídica em condicionar toda a conduta humana: "fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição". Trata-se das "liberdades constitucionalmente garantidas", que limitam a competência do órgão legislativo (ibidem, pp. 47 e 242).

Em resumo: 1) na ordem jurídica positiva não existem direitos subjetivos, entendidos como posição jurídica material de vantagem desde sempre reconhecida; 2) existem interesses que somente se tornam direito material através de uma norma individual, criada por decisão judicial ou "resolução administrativa" (ibidem, pp. 17, 21, 147 e 231); 3) tais direitos são reconhecidos em caráter retroativo; 4) podendo as normas gerais ser também retroativas, dando significado jurídico novo aos fatos passados; 5) só existe direito subjetivo enquanto reflexo de um dever de conduta e através do direito de ação, que é uma mera garantia de um interesse "bem determinado"; 6) somente "o catálogo de direitos e liberdades fundamentais" (ibidem, p. 242) previsto nas constituições é limite à atuação normativa do Estado; 7) mas não é limite a um poder constituinte, especialmente nos casos de revolução[10].

3. O Positivismo de Hart

3.1 As críticas a Austim e a Kelsen

HERBERT L.A. HART publica o livro O Conceito de Direito em 1961, dirigindo críticas a AUSTIM e a KELSEN.

AUSTIM é da corrente teórica imperativa, segundo a qual o direito é uma ordem de autoridade, definido por "comandos" baseados numa ameaça. Em sua

teoria, "... nada pode ser direito, a não ser se e quando tal tenha sido ordenado por alguém" (1986: p. 21, 25, 55 e 57). Já KELSEN teria sustentado que a norma tem qualquer conteúdo, e que a lei tem por conteúdo uma "cláusula condicionante" dirigida à autoridade para a aplicação da sanção (ibidem: pp. 44-45 e 223).

Tais teorias correspondem a uma concepção geral do direito, relativa à obrigatoriedade de uma conduta, diversa de outras duas, quais sejam, do direito como obrigatoriedade moral, no sentido de justiça, e do direito enquanto regra, isto é, como comportamento geral, como de regra ocorre (costume). Essas concepções suscitam, respectivamente, três questões: 1) sobre a diferença entre direito e ameaça; 2) sobre obrigações jurídicas e morais; 3) sobre regra e regra de direito (ibidem, pp. 10-14 e 18).

Para HART, diferentemente daqueles dois autores: I - a lei: 1) não é uma ordem ou se dirige a pessoas, senão genericamente; 2) tem caráter permanente; 3) suscita obediência geral; 4) é "operativa" quanto a direitos e deveres e, por isso, torna nulos/ineficazes os atos contrários; II - as normas: 1) criam deveres: a) diretamente: normas criminais; b) indiretamente: normas que conferem poderes, que são fórmulas para criar deveres; 2) têm uma "função primária"[11], consistente em designar comportamentos-padrão através de regras, que são aplicadas diretamente pelos destinatários quando se conformam a elas, por lhes ser inteligíveis; III - a sanção pode ser subtraída sem eliminar o padrão[12] inteligível de comportamento ou o que seja o próprio direito (diferentemente da teoria do direito como ordem baseada em ameaças, que exige a vinculação de ambos); IV - a coerção é: 1) um termo de aproximação do direito e da lei, mas que é abalado pelo costume, que não a exige; 2) uma garantia de obediência num sistema coercivo de "cooperação voluntária"; 3) onde essa "cooperação voluntária" é que cria a autoridade (ibidem, pp. 27-29, 38-39, 41, 43, 47 51, 53-54, 214-215, 217 e 294) .

Em resumo, HART critica a teoria do direito como ordem coercitiva nos seguintes pontos: 1) as ordens legais ou judiciais não são dadas exclusivamente aos destinatários, como também aos emitentes (ex.: norma criminal); 2) as normas que conferem poderes facultam a criação de direitos e deveres, sem coagir; 3) os costumes são regras de direito que não contém coerção (ibidem, p. 57).

3.2 As regras de Direito

3.2.1 Primárias e secundárias

Para HART, as regras designam um comportamento-padrão a ser seguido, mas o que confere autoridade a elas é uma "cooperação voluntária" daqueles que devem aplicá-las (funcionários) e daqueles que devem segui-las/obedecê-las (cidadãos), o que pressupõe uma sociedade organizada juridicamente.

Numa sociedade sem regras oficiais (costume), por exemplo, são encontrados os seguintes defeitos: 1) incerteza: falta de texto escrito com autoridade e de processo para o julgamento; 2) caráter estático das normas: baixa e lenta mutabilidade; 3) ineficácia da pressão social difusa: falta de instância para perseguir a violação da norma (vingança privada) (ibidem, pp. 102-103). Para obviá-los, um sistema jurídico numa sociedade organizada deve dispor de duas condições básicas: 1) a presença de regras de comportamento, válidas e obedecidas em geral; e 2) a presença de regras de reconhecimento, que especifiquem os critérios de validade, alteração e de julgamento, aceitos como padrão público

comum de comportamento oficial pelos funcionários e seguidos/obedecidos pelos cidadãos (ibidem, p. 128).

Na sua estrutura, as regras têm dois aspectos, a saber: 1) interno: a) como comportamento regular e uniforme observado individualmente, em vista de um comportamento observado em geral por todos; b) modo como o indivíduo interpreta o seu próprio comportamento; 2) externo: sinal possível de um castigo (ibidem, pp. 65-66, 98, 100, 108, 151, 153 e 217-218).

Além disso, as regras têm dois níveis: 1) primário: regras que impõem deveres, ações comissivas ou omissivas de movimento ou mudança física; 2) secundário: regras que atribuem poderes, públicos ou privados, para criar novas regras primárias, extinguir ou modificar outras antigas, determinar a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação, ou seja, criar ou alterar deveres ou obrigações. O direito, para HART, é a união das regras primárias de obrigação com as regras secundárias (ibidem, pp. 91, 104, 169 e 217-218).

3.2.2 De reconhecimento

A regra de reconhecimento é de natureza primária, e é identificada (regra de identificação) através de uma regra secundária, servindo para afastar as incertezas típicas de uma sociedade sem regras oficiais (costumes)[13] do sistema jurídico, com base em referências escritas/inscritas, com poder de autoridade. Esta última surge de uma "cooperação voluntária" (entre obediência das regras pelo cidadão e aceitação delas pelos funcionários) e produz a idéia de sistema (ibidem, pp. 104-105).

Nessas regras de reconhecimento estão contidas duas afirmações: 1) interna: aceitação compartilhada de regras; 2) externa: interpretação, pela autoridade (que se encontra em posição externa, de observador), sobre como aplicá-la (ibidem, p. 114).

O primeiro erro de KELSEN, para HART, foi encontrar o critério de validade no aspecto externo, negligenciando o interno ou reduzindo-o ao primeiro. A norma pressuposta kelseniana encontra-se fora, do ponto de vista externo do direito, enquanto que a regra de reconhecimento está dentro do sistema, sendo que a validade relaciona-se ao seu aspecto interno e não admite dúvida quanto a sua existência. Uma pressuposição representa a impossibilidade de provar essa existência, entendida como uma constatação fática, externa, de que há uma regra eficaz e passível de identificação. O segundo erro foi acreditar na exclusividade da norma pressuposta, enquanto que a regra de reconhecimento admite a concomitância de outras equivalentes, criando entre elas hierarquia, subordinação e/ou derivação. O terceiro foi reduzir a eficácia à validade, quando a validade depende da eficácia apenas sob a ótica de sua utilidade, sendo possível a separação de ambas (ibidem, pp. 112, 115-116, 120-121, 123 e 249).

Uma regra de reconhecimento tem, assim, uma dupla perspectiva: 1) externa: existência (constatação fática) na prática efetiva do sistema; 2) interna: validade, do ponto de vista da identificação do direito, ou seja, de um "padrão público comum" de comportamento cooperativo (ibidem, pp. 123 e 127).

3.2.3 Regras como necessidade social do sistema jurídico, lacunas e discricionariedade

As regras são necessárias para que uma sociedade tenha um sistema jurídico organizado, a fim de superar os defeitos típicos de sociedades baseadas no costume (incerteza, imobilidade e ineficácia).

Em sua aplicação, as regras são fechadas ou abertas. No primeiro caso, tem-se as regras aplicadas pelos próprios particulares, sem intermediação oficial. No segundo, tem-se as regras aplicadas pelos "funcionários"/autoridades, com mobilidade de escolha oficial. Tal mobilidade existe por conta da "textura aberta" das regras, que podem conter "indeterminação de finalidade", ou seja, uma lacuna de circunstâncias não previstas nas regras gerais (ibidem, pp. 141-144).

Enquanto KELSEN entende inexistir lacunas no plano lógico-jurídico, embora admita que a norma geral não possa prever todas as "particularidades do caso concreto", HART afirma a lacunosidade das regras, concordando com a discricionariedade judicial, capaz de supri-las. Discordam, portanto, não quanto à discricionariedade, mas quanto a sua origem: para o primeiro, ela surge da competência do tribunal para criar a norma individual, até mesmo na falta de uma norma geral "satisfatória" ou "adequada"; para o segundo, ela emerge da lacuna propriamente dita da regra geral.

Nessa "textura aberta", o direito pode ser criado através da interpretação, como no exemplo da ponderação constitucional de valores. De acordo com HART, "uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve freqüentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente...". Tal interpretação, todavia, deve ser razoável, assim entendida aquela que não cria injustiças ou ofende "princípios morais assentes". Discricionariedade, portanto, não significa total liberdade de decidir, mas "imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afectados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional da decisão" (ibidem, pp. 220-221).

3.3 Direito e moral

Conforme visto acima, a interpretação pode criar o direito ao suprir as lacunas deixadas pela "textura aberta" das normas, mas essa criação há de ser razoável, no sentido de justa/eqüânime e moral.

Entre direito e moral, por conseguinte, há uma comunicação que HART não rejeita, ao contrário de KELSEN, porque a moralidade residiria na própria origem da sociedade regulada por regras. Nessa origem, as regras teriam sido criadas com o fim de garantir a sobrevivência do homem, por intermédio de "arranjos sociais" para a contínua obediência das regras mediante a coerção aos recalcitrantes. Esses "arranjos sociais", ao mesmo tempo em que permitem uma existência continuada da própria sociedade, são um dos elos de ligação entre direito e moral, ao lado de dois outros, a saber: 1) circunstâncias cotidianas da sociedade sobre o seu conceito de certo e errado; 2) compreensão dessas circunstâncias de forma simples a todos os adultos (ibidem, pp. 185 e 208-210).

HART não desconhece a diferença entre direito e moral, cujas distinções enumera em quatro critérios formais, mas rejeita que direito e moral não possam ter eventualmente o mesmo conteúdo, como KANT e KELSEN o fazem, ao separar o direito e a moral, atribuindo o primeiro a "comportamentos externos", ou seja, indiferentes aos motivos e intenções de sua ocorrência e sujeitos a sanção, e o último a comportamentos internos, isto é, relativos à boa-vontade, às intenções adequadas ou ao motivo apropriado pelos quais ocorrem, desprovidos de sanção. Onde eles realmente estão separados é na validade, porque o direito, nesse ponto, não pressupõe a moral (ibidem, pp. 187 e 230)[14].

Uma das relações entre direito e moral está presente da regra da irretroatividade, porque a adequação a uma regra exige

prévio conhecimento e oportunidade de obedecê-la, de modo que a regra retroativa revela-se amoral, por suprimir qualquer capacidade de obediência a ela (ibidem, pp. 223-224 e 228).

3.4 Direitos individuais / subjetivos constitucionais.

Sendo a regra da irretroatividade uma das mais importantes conquistas do estado de direito e do estado constitucional contra o arbítrio legislativo, pode-se dizer que ela se inscreve nos conceitos histórico de direito individual e dogmático de direito subjetivo. Tal regra diz, em essência, que: 1) nenhuma lei pode ser criada com efeito retroativo, com o fim de prejudicar os titulares de direitos; 2) somente as retroações benéficas aos indivíduos podem existir; 3) as leis vigoram e são eficazes para o futuro; 4) por conseqüência, os direitos gerados pela lei passada devem ser respeitados pela lei nova.

Trata-se, evidentemente, de séria limitação ao poder legislativo ordinário de criar normas *ex novo* no ordenamento, que HART atribui ao problema da titularidade do próprio poder nas democracias constitucionais. Nelas, diversamente da soberania absoluta e ilimitada, o poder legislativo é limitado porque exerce sua competência em nome do eleitorado, de tal maneira que, acaso viole essa regra de capacidade, terá exercido poder nulo e, portanto, inválido. Mas o eleitorado não é, em si mesmo, uma "outra pessoa", e tampouco os eleitores são "indivíduos na sua capacidade oficial", sendo antes retórico dizer que alguém obedece a si mesmo ou às próprias ordens. Esse efeito retórico é dúbio, porque sugere simultaneamente que alterações legais em prejuízo do eleitorado representam uma contradição racional, desde que ninguém legisla em seu próprio desfavor, ao mesmo tempo em que podem ser justificadas pretensamente a favor da "vontade geral" rousseauniana (ibidem, pp. 77-81, 84 e 86).

Citando expressamente o caso dos EUA, HART diz que tal limitação é ali de ordem substantiva,

"... onde a divisão de poderes entre o governo central e os Estados membros, e também certos direitos individuais, não podem ser alterados pelos processos ordinários de legislação. Nestes casos, um acto legislativo, quer do órgão legislativo estadual, quer do federal, que pretenda alterar ou seja incompatível com a divisão federal dos poderes ou com os direitos individuais deste modo protegidos, é susceptível de ser considerado ´ultravire´ e declarado juridicamente inválido pelos tribunais, na medida em que entre em conflito com as disposições constitucionais" (ibidem, pp. 80-81).

Tudo isso tem relação com a idéia da continuidade do poder, ou seja, com a transição de um legislador /governante a outro, que deve começar antes mesmo da passagem, a fim de se manter a obediência para o futuro (ibidem, pp. 63 e 67). Logo, ocorrendo mudança da ordem, com eventual ofensa a direitos passados, pode-se afirmar a ocorrência de descontinuidade, com violação do princípio, já que isso pode gerar desobediência e, com ela, ilegitimidade das novas ordens.

Sendo a norma de reconhecimento aquela que confere validade à ordem jurídica de um país determinado, e derivando a validade de um "padrão público comum" de comportamento cooperativo voluntário, no sentido do cidadão obedecer às regras e dos funcionários aceitá-las na sua aplicação, pode-se encontrar na regra da irretroatividade uma regra de reconhecimento no plano infra-constitucional, na direção de limites hierárquicos entre a constituição, como salvaguarda de direitos, e o poder legislativo.

Tal regra de reconhecimento, aqui interpretada desse modo, coloca-se abaixo da regra de reconhecimento última, que, para HART, acha-se nas cláusulas de reserva ou limites ao poder de revisão constitucional dirigidos à legislatura ordinária nas democracias constitucionais. Esses limites seriam o critério supremo e exclusivo de validade do direito interno, como ocorre com os EUA (ibidem, pp. 118, 220 e 250).

Embora essa não seja a realidade da Inglaterra (país de origem do autor em estudo), por não impor restrições formais à competência do poder legislativo supremo, o caso americano autoriza uma analogia muito próxima ao estado constitucional brasileiro, de forma que tudo o que foi dito para os EUA serve em grande medida para o caso do Brasil no pensamento harteano.

4. O Pós-Positivismo de Dworkin

4.1 Localização do pensamento de Dworkin

Na seqüência do positivismo de HART, DWORKIN empenha-se em criticar não apenas o positivismo jurídico, em especial na versão do poder discricionário dos juízes, como também o utilitarismo, quanto ao privilégio dos interesses coletivos sobre os individuais. Essas duas versões teóricas do direito não levaram o direito a sério, quer dizer, o direito dos indivíduos, ao sobrepor a ele a norma do estado ou a estrita obediência às leis estatais.

A sua proposta, em resumo, é a de apresentar o direito como uma integridade política, vale dizer, como um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, enquanto decisões políticas passadas. Tais direitos assumem então uma natureza moral, que o governo deve respeitar diante de seu compromisso também moral de agir conforme princípios.

Diante disso, a contra-crítica positivista, de acordo com A. CASALMIGLIA, chegou a dizer que a crítica era mais aparente do que real, pondo-se ao lado do positivismo; ou que uma pequena modificação na regra de reconhecimento seria suficiente para superar a crítica; ou mesmo que o pensamento crítico era neojusnaturalista[15]. Mas DWORKIN não se perfila com o positivismo, nem parece se contentar com uma simples maquiagem da regra de reconhecimento e tampouco se converte a um novo jusnaturalismo. Destinando seu tempo às críticas ao positivismo e ao utilitarismo, ela retorna ao liberalismo político e reintroduz no direito o elemento moral, através de uma idéia sistemática que não põe os princípios do lado de fora do ordenamento. Se nesses traços não se pode ver mais o positivismo, que propõe a separação entre o direito e a moral, e tampouco o jusnaturalismo, que admite uma moralidade extra e supra-ordenamento, a qualificação de neopositivista parece ser mais adequada a DWORKIN, ao menos até que outra melhor lhe possa ser imputada.

J.W. HARRIS (1997: pp. 188-190), por exemplo, chama DWORKIN de antipositivista, e enumera o seu pensamento em três fases. A primeira delas, presente na edição original de *Taking Rights Seriously*, destinou-se à crítica à HART, no sentido de que o direito não é um sistema de regras determinadas por seu *pedigree* e que supostamente autoriza aos juízes a decidirem discricionariamente nos casos não regulados. Na segunda, contida na reedição do mesmo livro em 1978, nasce o juiz HÉRCULES, para a solução dos *hard cases* segundo uma perspectiva holística, ou seja, conforme as melhores políticas. Na terceira, com o livro *Law´s Empire* (1986), DWORKIN introduz o holismo de HÉRCULES a uma "interpretação construtiva", como num "romance em cadeia", de deci-

sões e leis passadas aos direitos que sejam objeto de decisão atual.

A edição aqui utilizada de *Taking Rights* é uma tradução espanhola de 1984, que condensa, portanto, as duas primeiras fases. Para a terceira fase será utilizada a tradução brasileira do livro *Law´s Empire*, da Editora Martins Fontes (1999), ao lado da edição inglesa de 1998, da *Hart Publishing* (1998). Tal seqüência não exclui a introdução de outros textos do autor, nos pontos que sejam necessários para esclarecer melhor as suas idéias.

4.2 Levando os direitos a sério.

4.2.1 A crítica ao Positivismo e ao Utilitarismo

De acordo com DWORKIN, o positivismo jurídico, que tem início com AUSTIN, no séc. XIX, e termina elaborado por HART, é a parte conceitual da teoria utilitarista, sendo, portanto teorias dependentes. A primeira reduz a validade do direito às normas positivas, rejeitando a idéia da "vontade geral" na sua criação, enquanto que a última confere ao direito a função de "servir ao bem-estar geral e nada mais", rejeitando a existência de direitos individuais contra o Estado e prévios ao direito legal (op. cit., pp. 31, 34, 36, 42, 64-65, 164).

Tal visão do direito não leva os direitos a sério, porque não os considera como fonte e limite da autoridade coletiva. Os direitos individuais são não apenas a fonte e o limite dessa autoridade, simultaneamente, como trunfos políticos que não podem ser prejudicados por metas coletivas, sendo derivados do direito abstrato à igual consideração e respeito por parte do Estado (ibidem, pp. 37 e 41).

Em resumo, as idéias positivistas podem ser enumeradas do seguinte modo: a) o direito é um conjunto de normas coercitivas de comportamento; b) identificadas por sua origem/competência para a sua criação, e não com o seu conteúdo; c) critério que determina a validade de uma norma em relação a outra; d) esse direito é aplicado por funcionários/juízes com discricionariedade para interpretá-lo nos casos de lacuna e nos quais as normas não são claras; e)a obrigação traduz-se no respeito que os terceiros devem ter em face do direito de alguém (ibidem, pp. 65-66).

4.2.2 Princípios, diretrizes e normas

O positivismo jurídico afirma que as normas são a via exclusiva do direito e que ele se reduz a um comando condicionante de comportamentos. Mas, em verdade, na sua aplicação judicial, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), as normas funcionam como princípios ou diretrizes políticas[16], diante da necessária dimensão moral que se põe diante da interpretação jurídica, entre alternativas possíveis de decisão. DWORKIN lembra dois casos paradigmáticos em que as decisões foram tomadas mais em vista de princípios do que de normas expressas, a saber: a) caso *Riggs v. Palmer* - 1889, em que se negou o direito de herança a um neto que assassinou o avô para recebê-la antes da morte natural do instituidor, onde foi aplicado o princípio conforme o qual "ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza"; b) caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* - 1960, em que se reconheceu que a superioridade econômica de uma fábrica de veículos não pode impor aos consumidores uma limitação da responsabilidade do fabricante apenas à troca de peças defeituosas, como também a gastos médicos e outras indenizações, onde teve lugar o princípio da proibição da lesão nos contratos (ibidem, p. 72).

Para DWORKIN, os princípios são *standards* de exigência de justiça, eqüidade ou qualquer outra dimensão moral, enquanto que as diretrizes são *standards* que propõem objetivos políticos, econômicos ou sociais de uma comunidade (ibidem, p. 72).

Princípios, portanto, são diferentes das normas, nos seguintes pontos: a) os princípios não se excepcionam mutuamente, como as normas podem ser umas com as outras; b) os princípios não estabelecem as condições de sua aplicação, como as normas; c) não definem deveres específicos, como as normas (ex.: recomenda a conformidade de um negócio ao justo ou não demasiadamente oneroso); d) princípios estão sujeitos a cálculo de importância, quando um colide com outro, ao contrário das normas, cujo conflito é resolvido pela hierarquia ou pela regra *later in time*. Como exemplo dessa distinção, DWORKIN cita duas interpretações da Primeira Emenda e da 1ª Seção da *Sherman Act*: a) Primeira Emenda: vista como norma, qualquer limitação à liberdade de expressão é inconstitucional; vista como princípio, admite que outro princípio mais importante a excepcione; b) 1ª Seção da *Sherman Act*: todo contrato que restringe o comércio é nulo. Tratada pela jurisprudência como norma, mas, desde que a exceção seja razoável, é tratada como princípio. Se se tratasse de uma diretriz, admitiria limitação sem pesquisa e sua infração à razoabilidade (ibidem, pp. 77-80).

4.2.3 Teoria da Discricionariedade Judicial

DWORKIN afirma que os princípios podem ser tomados em três sentidos diferentes, a saber: a) frágil 1: uma autoridade impõe *standards* de decisão a outra (precedente), mas o sujeito passivo/auditório desconhece os *standards* da discrição; b) frágil 2: a decisão não está sujeita a revisão; é a última palavra; c) forte: a decisão não está vinculada a *standard* imposto por qualquer autoridade; trata-se de liberdade sem limites (ibidem, pp. 84-85).

Quando os positivistas tratam a discricionariedade como algo que se aplica "por princípio" na falta de uma norma clara, dão à discrição o segundo sentido. Quando dizem que os princípios são obrigatórios, dão o terceiro sentido. DWORKIN sustenta o primeiro sentido, a não ser que os princípios sejam obrigatórios para o juiz. Se o juiz modifica ou deixa de aplicar a norma pela interpretação, é porque a própria norma não lhe é obrigatória, prevalecendo então o terceiro sentido. Para isso, o juiz positivista sustenta oportunisticamente que: 1) a mudança favorece um princípio; 2) o que se põe no lugar são princípios *standards* que não se apartam do positivismo. Em todo caso, a escolha pelos juízes de "princípios" que substituam ou modifiquem as normas representa a sua escolha característica (ibidem, pp. 87, 90-91 e 93).

O problema positivista é que, associando o direito às normas ou a um sistema normativo, não aceita um princípio como categoria à parte. Contraditoriamente recusa que seja um "direito superior" ao ordinário, admitindo que seja um *standard* extra-jurídico de livre escolha do juiz. Por isso, entende DWORKIN que "a discrição...não existe, a não ser como a área que deixa aberta um círculo de restrições que a rodeia". Ela só pode existir no contexto de uma decisão (que envolve *standards* de racionalidade, justiça e eficácia) sujeita a normas estabelecidas para ela por uma autoridade (ibidem, pp. 83-84, 86 e 92-94).

Quando o positivismo aceita a discricionariedade exsurgem de imediato duas conseqüências: 1) na ausência de uma norma clara, o direito das partes é uma ficção;

2) então, o juiz cria novos direitos retroativamente. DWORKIN assevera que isso não passa de retórica, porque, no caso de ausência de norma clara, os direitos das partes é que fornecem os *standards* da decisão do juiz, e não a sua escolha arbitrária da norma-tampão. Porque é um dever do juiz encontrar os princípios a partir dos direitos nos *hard cases*, e não de criá-los na ausência de norma clara (ibidem, pp. 146-147).

4.2.4 Teoria da Função Judicial e "Argumento da Democracia"

Uma outra teoria positivista/utilitarista diz respeito à função judicial, segundo a qual a lei subordina a ação do juiz mediante a adjudicação de competências expressas. Tal teoria pretende afastar a discricionariedade judicial, com mais dois argumentos retóricos: 1) numa democracia, juízes não são eleitos e, não estando sujeitos à responsabilidade legislativa, não podem criar a norma; 2) se criam o direito, o fazem então retroativamente, em detrimento de uma das partes que, ao tempo de sua ação, não estava sujeita a qualquer norma (ibidem, pp. 147, 150 e 180).

O primeiro argumento é chamado por DWORKIN de "argumento da democracia" e, embora esteja certo em limitar a discricionariedade, haja vista que o juiz estaria dando suas próprias convicções em matéria de moralidade política, levado às últimas conseqüências também surge como um modo de negar a existência de direitos contra o Estado. Subjazem a tal argumento duas versões, uma mais forte e outra mais fraca. A primeira sustenta que o desacordo entre titulares de direitos concorrentes seja resolvido pela sorte do processo político, com exclusão do judiciário; numa frase: "...sostiene que el proceso político orgánico asegurará com más certeza los derechos genuinos de los hombres si no se ve obstaculizado por la intrusión artificial y racionalista de los tribunales". A segunda sustenta que os direitos devem passar pelo crivo da aceitação social. A primeira versão afirma, na verdade, a inexistência de direitos contra o Estado, sendo certo que:

"...los derechos en contra del Estado son afirmaciones que, si se las acepta, exigen que la sociedad se avenga a instituciones que quizá no se adecuen tan cómodamente a ella. Lo esencial de una afirmación de derecho, incluso en un análisis de los derechos tan desmitologizado como el que estoy haciendo, consiste en que un individuo tenga derecho a ser protegido contra la mayoria incluso al precio del interés general".

O único modo possível de se entender o "argumento da democracia", conforme DWORKIN, é concebê-lo como uma proibição aos detentores do poder político quanto a serem juízes exclusivos de suas próprias decisões (ibidem, pp. 199, 225 e 228-229).

Os princípios teriam a virtude de afastar aquelas duas objeções propostas pela teoria em exame contra a discricionariedade, porque, no primeiro caso, podem atendem aos interesses em jogo, independentemente do contexto político de criação de uma lei, e, no segundo, porque os princípios são compartilhados tacitamente e, portanto, seria injusto o condenado tomá-los como surpresa. De modo que uma teoria do direito tem de incluir os princípios, a fim de levar a sério os direitos das pessoas (ibidem, p. 152).

4.2.5 A Teoria dos Direitos de Dworkin

Uma tal teoria considera que "as decisões judiciais impõem direitos políticos existentes", colocando-se entre duas moralidades: a pessoal e a institucional. A

norma (instituição) é um elemento do juízo político dos juízes (pessoa), e os direitos políticos são uma criação histórica e moral, e dependem da prática das instituições. O que se exige é que a decisão possa se justificar razoável e coerentemente, sem ter de se repetir em todas as ocasiões semelhantes (ibidem, pp. 154-155)[17].

Um direito político, conforme DWORKIN, além de ser algo concreto,

"...es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o liberdad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique...".

Em resumo, "los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones" (ibidem, pp. 159, 171 e 203).

A teoria dos direitos apóia-se em três bases: 1) os direitos individuais são distintos dos objetivos sociais: os direitos são descritos por princípios, enquanto finalidades políticas individualizadas e concretas, e os objetivos são descritos por políticas, enquanto finalidades genéricas e abstratas, de tal modo que "de la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales puden anularlo"; 2) os precedentes judiciais estão ligados à história institucional e podem ser alterados se injustos: eles são dotados de uma "força gravitacional" sobre os casos posteriores, que exige eqüidade[18] de tratamento entre casos semelhantes; 3) juízes formulam juízos de moralidade política sobre os direitos dos litigantes: os direitos individuais são direitos morais que podem ser opostos à maioria, inclusive contra o "interesse geral", ao mesmo tempo em que "...la Corte no tiene derecho a imponer a la nación su propria visión de lo que es el bien social" (ibidem, pp. 157-159, 161-162, 184-185, 211-212, 223, 229, 230, 232-233).

4.2.6 O papel do Juiz Hércules

Para formular juízos de moralidade política sobre direitos individuais de índole também moral, adequar com eqüidade os precedentes aos casos novos e reconhecer os princípios como manifestações morais da comunidade, DWORKIN resolve parir o juiz HÉRCULES, um "juiz filósofo" capaz de "...elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos", e "...dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas..." (ibidem, p. 177).

Esse superjuiz (ou super-homem) deve, em resumo: 1) limitar a "força gravitacional" dos precedentes aos argumentos de princípios neles contidos; 2) supor que a decisão precedente baseada no direito costumeiro incorpora princípios, sendo essa a "...enunciación metafórica de la tesis de los derechos"; 3) supor que o sistema é completo e "...construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario e...para las estipulaciones constitucionales y legislativas"; 4) admitir que a história institucional pode se mostrar inadequada e, portanto, sujeita a mudança (ibidem, pp. 186-190 e 196).

Na sua atividade, HÉRCULES resolve um *hard case* a partir de suas convicções políticas e do direito posto em jogo. Tais convicções pessoais somente são utilizadas se HÉRCULES puder justificá-las conforme as "tradições populares", ou seja, de acordo com a "...concepción particular de la moralidad comunitaria...", combinando

então as moralidades pessoal e institucional (ibidem, pp. 202-203 e 205-206).

Enfim, "la técnica de Hércules estimula al juez a que formule sus proprios juicios sobre los derechos institucionales" (ibidem, p. 208).

4.2.7 Significado dos direitos levados a sério

Para DWORKIN, direito e moral são fundidos pela constituição. É o que ocorre, por exemplo, com o controle de constitucionalidade de leis que violem o princípio da igualdade. Nesse contexto é que se diz que a constituição define os direitos individuais como direitos morais protegidos da maioria, sejam as estipulações constitucionais precisas ou vagas, porque "...hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto. Es decir que los princípios de equidad no hablan en favor del argumento de la democracia, sino en su contra" (ibidem, pp. 211-212, 223 e 230).

Direitos morais são direitos fundamentais que não podem de regra ser impedidos em seu exercício, nem mesmo a pretexto de se atender a uma "utilidade geral", isto é, de se atender a mais benefícios do que danos. Apenas em dois casos excepcionais tais direitos podem ser limitados: 1) quando direitos constitucionais concorrem entre si, isto é, onde há conflito entre direitos individuais[19], hipótese em que o Estado pode limitar um dos dois em favor do mais importante; 2) quando o Estado se encontra em estado de guerra, circunstância que autoriza a censura da liberdade de expressão, desde que haja "autêntica emergência" (ibidem, pp. 282-290)[20].

DWORKIN considera que entre os direitos individuais e os interesses coletivos não existe equilíbrio propriamente dito. Entre a restrição de direitos e a sua ampliação o Estado deve escolher a última alternativa, por gerar um custo social menor. Serve de exemplo o caso do processo criminal, em que se prefere libertar um suspeito do que condenar um inocente (ibidem, pp. 295-296 e 299).

Os direitos são levados a sério a partir de duas idéias mínimas: dignidade humana e igualdade política. Significa um dever do Estado de seguir uma teoria coerente sobre os direitos dos cidadãos e de ser congruente com as ações que professa nesse sentido. Em resumo, levar os direitos a sério representa: 1) o respeito do Estado ao direito de resistência dos cidadãos contra decisões que restrinjam direitos injustamente; 2) a impossibilidade de os direitos individuais serem anulados por razões de "bem geral"; 3) as normas básicas não devem ser a lei do conquistador, ou da "classe dominante" sobre a "classe dominada", como em MARX; 4) "la institución de los derechos...representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas" (ibidem, pp. 278, 295 e 302-303).

4.3 O império do Direito.

4.3.1 Crítica ao Convencionalismo e ao Pragmatismo

Introduzindo em sua teoria do direito a idéia da integridade (moral), DWORKIN enfrenta as correntes do direito americanas, por ele chamadas de convencionalismo e de pragmatismo.

Em resumo, o convencionalismo entende que as interpretações são convenções renováveis e, portanto, não há respeito pelo passado. Apresenta-se em duas formas, a saber: a) moderado: a.1) o direito é tudo o que estiver nas "extensões" implícitas de uma comunidade; a.2) nega a lacuna, por buscar na ambigüidade das convenções

incompletas uma resposta, ainda que polêmica; a.3) não promove o ideal das "expectativas asseguradas", ou seja, padrões reconhecidos para o uso da força coletiva; b) estrito: b.1) apenas a lei e o precedente são convenções; b.2) pode ser aceito como concepção do direito, mas não o moderado; b.3) não resolve o problema da lacuna ou da falta de norma clara, a não ser através da discricionariedade, cujo poder de alterar o direito já existente é limitado pela necessidade de coerência entre o passado e o futuro; b.4) o intérprete não deduz do objeto concepções próprias; b.5) a força coletiva é usada contra um direito individual quando a própria decisão política passada (DWORKIN, 1999: p. 145)[21] que o criou o autoriza, a partir da interpretação consensual sobre o que foi tal decisão; b.6) explica de que maneira o conteúdo de decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável. b.7) admite todavia a mudança da convenção; b.8) rejeita princípios morais presentes, ao afirmar que o objetivo e o princípio estão nas convenções passadas; b.9) uma emenda à Constituição, no sistema dos EUA, pode alterar uma convenção firmada pela Suprema Corte; b.10) na falta de uma convenção o juiz pode criar/reconhecer direitos através de uma convenção nova, de acordo com aquilo que o legislador faria ou em nome do povo, com o mínimo de suas próprias convicções políticas e morais; b.11) um exemplo de convencionalista dessa jaez é RAWLS (ibidem, pp. 118-119, 141, 145-147, 152-155, 157, 162, 170-171, 177, 254 e 256).

Já o pragmatismo compreende, em resumo, que: a) discricionariedade[22] judicial também não respeita o passado e propõe soluções para o futuro da comunidade; b) não há direito até que a decisão assim o diga; c) decisões políticas do passado não justificam a jurisdição; d) juízes têm liberdade de decidir conforme os seus pontos de vista, mas sem aceitar que um direito individual contravenha o interesse da comunidade; e) exige contemporaneidade da lei e do precedente; f) em caso de lacuna ou falta de norma clara, uma decisão nova é concebida, sem alusão ao passado (ibidem, pp. 119, 185-187, 189, 194-195).

4.3.2 Direito como integridade

Contraposto a tais correntes, o direito como integridade considera que: a) a vinculação ao direito beneficia a sociedade, criando previsibilidade e eqüidade formal e respeitando o direito e responsabilidades como decisões políticas passadas; b) é necessário combinar elementos do passado e do futuro: "...começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determina"; c) o presente, ou seja, é "presentista" de parâmetros passados em seu *status* e conteúdo; d) é construtivo no sentido do "presentismo" ("romance em cadeia"): d.1) é contrário à "restrição temporal", conforme a qual "o significado de uma lei está fixado no ato inicial de criação", porque HÉRCULES interpreta a história em movimento; d.2) a lei é uma "...decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política"; e) os juízes são simultaneamente autores e críticos; f) na seqüência dos direitos associados a precedentes, o juiz deve dar continuidade ao "romance", através de sua opinião acerca da moral política[23], e não de sua opinião "estética" (para si, exclusiva) ou da opinião do legislador; g) esse é o papel de HÉRCULES[24]; h) o direito é um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a eqüidade e o devido processo legal formal= "comunidade de princípios"; "*O direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal";* i) envolve uma in-

terpretação histórica substancial dos casos passados (ibidem, pp. 119-120, 164, 186, 274-276, 286-287, 291-294, 316, 380, 400, 405, 413, 415-417, 419, 452, 473, 478, 482-483 ; 286, 293, 400 e 405).

4.3.3 Direitos individuais como uma "questão de princípio"

Nos casos difíceis o juiz se põe entre o direito e a moral política, assim como em casos novos, que são então decididos como uma "questão de princípio". Os direitos individuais são exemplo de uma "questão de princípio", quando se afirmam contra o Estado e a nação. Eles são levados a sério pela Constituição, tanto para aqueles direitos explícitos como, principalmente, para os implícitos (ibidem, pp. 440-441, 450 e 455). A integridade se propõe a "descobrir normas [e direitos - ibidem, p. 450] implícitas" a partir das explícitas (ibidem, p. 261).

Os direitos individuais "...são trunfos capazes de influenciar...decisões políticas, direitos que o governo é obrigado a respeitar caso por caso, decisão por decisão". São direitos essenciais que não sucumbem nem a pretexto de se contribuir para o bem-estar geral, como, por exemplo, o direito de igualdade no voto, o direito a igual liberdade de expressão ou de consciência e o direito a indenização por dano (ibidem, p. 268).

A Constituição americana não outorga a interpretação dos direitos constitucionais a qualquer instituição majoritária e, como resultado, tornou-se mais justa do que seria em caso contrário (ibidem, pp. 426-427).

4.4 Direitos implícitos

Discutindo a célebre decisão da Suprema Corte que reconheceu o direito da mulher de decidir sobre o aborto ("autonomia procriativa"), DWORKIN desenvolve melhor a idéia de direitos implícitos (DWORKIN, 1992).

Para ele, o *Bill* é uma rede de princípios concretos e mais ou menos abstratos que tem por base os princípios da igualdade e da liberdade, e que não exclui os direitos não enumerados, já que, do contrário, os juízes somente poderiam aplicar aqueles ali previstos, coisa que não ocorre. Os direitos não enumerados são concretizados por princípios políticos, deduzidos do texto.

No caso brasileiro, essa conclusão é confirmada expressamente pelo texto da Constituição de 1988, no § 2º de seu art. 5º, que assevera que "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...*"

5. O Direito humano como mediador entre o individual e o coletivo.

O positivismo jurídico, em todas as suas variações, confere privilégio exagerado ao direito criado pelo Estado, colocando de lado os direitos individuais. O pós-positivismo de DWORKIN resgata esse direito, colocando-o a salvo do coletivismo da maioria.

Tais extremos realçam dois pólos marcantes da teoria política moderna: o público e o privado. Esse bifrontismo é típico do período pós-revolucionário liberal do final do séc. XVIII, porque, até então, todo espaço político era ocupado pelo absolutismo e por sua estrutura de privilégios. Na medida em que o poder se despersonaliza, saindo da pessoa física do Rei para a pessoa fictícia da "nação"[25], surgem com maior nitidez dois espaços de interesses: o público, concentrado na "nação" e figurado pela representação política e pelo conseqüente princípio da maioria;

o privado, expresso pela área econômica em que o estado civil não devia de regra interferir, por não ser agente da economia ou da riqueza, mas mero administrador da coisa pública.

No liberalismo clássico, essas esferas correspondiam a um amálgama contraditório de idéias, por conjugar duas noções antagônicas a respeito do indivíduo e de seus direitos: a da "vontade geral" rousseauniana, que pressupunha a renúncia a todos os direitos, inclusive à vida, para o ingresso no estado de sociedade; e a da proteção da propriedade, de LOCKE, que a elege como produto do trabalho humano e, portanto, como algo que está no homem individual (*in re ipsa*), precedente ao estado civil. Essa contradição não é nova, e levou BENJAMIN CONSTANT a denunciá-la, ao dizer que a liberdade individual, isto é, a exploração dos interesses privados sem a intervenção estatal, ocupava demasiadamente o homem, privando-o da participação política, o que teria como conseqüências a renúncia a esse direito político e uma nova cisão entre os titulares de direitos e os titulares do poder: "o perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais...O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político" (1985: p. 23).

Também o neoliberalismo, mais recentemente, acusou a mesma contradição, embora ele mesmo seja avesso a direitos imutáveis que emperrem uma ordem econômica verdadeiramente livre (catalaxia) (HAYEK, 1980, p. 47-51).

O grande problema desse bifrontismo, além da contradição que ele carrega, é a alternância exagerada entre os pólos. Assim, se o plano privado/individual foi exacerbado no liberalismo, o plano público/coletivo foi levado ao outro extremo no estado social. Estando o estado social em crise de governabilidade, por desequilíbrio entre as demandas sociais (*imput*) e a capacidade do governo em responder a elas (*output*) (BOBBIO, 1990: pp. 36, 60 e 126), pergunta-se agora acerca da sobrevida daqueles binômios.

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, manifestando-se sobre essas dicotomias da modernidade, diz que elas apresentam duas características que as conduziram para o declínio: a polarização entre um ou outro extremo, de fases em fases históricas, e a falta de mediação entre esses extremos. Isso porque "...o déficit da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro". Como resultado, os pólos passam a se aproximar, "...a tal ponto que cada um dos pólos tende a transformar-se no duplo do pólo a que se opõe. Nesta medida, as dicotomias que subjazem ao projeto da modernidade tendem a colapsar e os movimentos de oscilação entre os seus pólos são mais aparentes que reais". Como exemplo, BOAVENTURA menciona as contradições do binômio Estado e Sociedade, que demonstram essa aproximação, a saber: a) o Estado é visto como inimigo da liberdade e, ao mesmo tempo, como agente de seu exercício; b) a separação entre economia e política (princípio do *laissez-faire*) não é rígida, porque: b.1) o Estado deve zelar pelo desenvolvimento econômico e pela expansão do mercado; b.2) dependendo da ótica, o interesse envolvido pode não ser estritamente privado ou público, como no caso das leis das SA´s inglesas do período de 1825 a 1865, "...consideradas por uns como um bom exemplo do 'laissez-faire', por eliminar as restrições à mobilidade do

capital, e por outros, como uma nítida violação desse mesmo 'laissez-faire', por conceder às sociedades comerciais privilégios que eram negados aos empresários individuais"; c) mesmo no período da economia liberal, "...o Estado teve que intervir para não intervir", porque as práticas políticas afetam necessariamente a capacidade do Estado de manter o seu desenvolvimento econômico (1991: ps. 268-282; ps. 269, 271 e 272).

Um mediador possível para a tensão gerada por tais binômios, em especial do Estado/Sociedade, são os direitos humanos, diante da capacidade de diálogo que eles favorecem. Isso exige, entretanto, que não se pretenda dar a eles qualquer feição universal que, em verdade, esconde a imposição de uma cultura sobre outra. Se os direitos humanos estiveram sob violação no liberalismo e foram supostamente garantidos no estado social, o maior risco que paira sobre eles, hoje, é a chamada globalização, porque ela, em verdade, não passa da "...história dos vencedores contada pelos próprios", sendo que "...o discurso científico hegemônico tende a privilegiar a história do mundo na versão dos vencedores", de acordo com BOAVENTURA. Os direitos humanos mantêm uma dimensão nacional e cultural, porque as sociedades são multiculturais e, ao mesmo tempo, incompletas em suas culturas, de maneira que o único diálogo universal possível sobre os direitos humanos se faz através do reconhecimento de sua nacionalização e da incompletude das culturas nacionais, respeitando-se assim o pluralismo e o não extremismo de pólos.

Para demonstrar tal alegação, BOAVENTURA indica quatro modos de globalização: 1) localismo globalizado, no qual um fenômeno local é globalizado com sucesso, como as multinacionais, o predomínio da língua inglesa e o *fast food* americano; 2) globalismo localizado, no qual determinadas práticas internacionais afetam, condicionam ou modificam as condições locais, como as zonas francas, o uso dos recursos naturais para o pagamento da dívida externa e o uso turístico de tesouros históricos; 3) cosmopolitismo, no qual outras entidades que não o Estado se comunicam em torno de interesses comuns, como as ONG´s e as relações sindicais internacionais; 4) "patrimônio comum da humanidade", no qual se reporta a temas de interesse mundial, como a vida humana saudável na Terra, o meio ambiente ou a exploração do espaço. Neles, os direitos humanos são geralmente exemplo de um "localismo globalizado", de imposição universal de cima para baixo, o que não respeita o pluralismo cultural e perpetua a discórdia em torno do assunto (2001: pp. 74-90).

Conceitualmente, os direitos humanos são o lado abstrato dos direitos chamados fundamentais ou, nas palavras de ROBERT ALEXY, "direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo". Considerando-se, então, esses direitos fundamentais positivos como expressão da proteção do homem pelo direito positivo, segue-se que eles são assegurados no ambiente cultural de cada Estado onde são concebidos, num movimento de via contrária àquela que até mesmo ALEXY segue: o da validade universal dos direitos humanos (1998: pp. 1 e 6). Essa validade deve ser entendida como exigência de um padrão universal de diálogo, tal como proposto por BOAVENTURA, através da ampliação da reciprocidade cultural entre os Estados e da tolerância da diferença entre as culturas (op. cit., p. 89), e não como um padrão a ser imposto aos Estados.

Assim entendidos os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos posi-

tivados, eles continuam mediando os pólos público e privado, em três relações possíveis, indicadas por ALEXY: 1) de meio e fim: 1.1) direitos individuais como meio de um bem coletivo, como a propriedade como meio de obtenção de produtividade e desenvolvimento econômico; 1.2) bem coletivo como meio de um direito individual, como o direito penal encarado como a proteção do honesto/lícito contra o desonesto/ilícito; 2) de identidade: "*un bien es exclusivamente un medio para derechos*", hipótese em que o bem coletivo perde o sentido; 3) de independência: tratam de objetos distintos e, portanto, são compatíveis com os anteriores (2001: p. 110).

Trata-se do duplo dos pólos, naquela aproximação dos extremos anunciada por BOAVENTURA, já percebida no direito constitucional por J.J. GOMES CANOTILHO, quando diz que, "se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em 'direito de não-liberdade' do direito privado" (CANOTILHO, 2001: p. 113).

Qualquer solução entre o positivismo e o pós-positivismo aqui analisados, portanto, será insuficiente, se se considerar as posições extremas a que chegam e, portanto, apenas uma teoria dos direitos humanos nacionais, positivados em direitos fundamentais típicos da cultura de cada Estado, poderá dar resposta à relação dos indivíduos, titulares de direitos privados, e o Estado, enquanto titular do interesse coletivo.

6. Conclusões

Em conclusão, pontua-se que:

1) o positivismo kelseniano exclui da norma qualquer conteúdo que não seja o condicionamento da conduta e, com isso, transforma o direito em instrumento de domínio estatal contra os indivíduos;

2) disso decorre que os direitos materiais nascem apenas de normas individuais e, portanto, do ato de uma autoridade;

3) isso explica que o direito subjetivo, em tal teoria, existe apenas como direito de ação, ou seja, de provocação da tutela jurisdicional do Estado, cuja decisão cria ela mesma um direito material novo, no sentido de que ele não existia antes, sendo pois retroativa;

4) o positivismo de HART atenua o aspecto da dominação das regras estatais, ao prever uma cooperação de funcionários e cidadãos para a sua validade, mas mantém o predomínio do direito do Estado sobre o direito individual, ao reconhecer a discricionariedade judicial como instrumento de criação do direito das partes e, portanto, como algo que não pré-existia;

5) de qualquer modo, KELSEN e HART são concordes em fazer ressalvas a certos direitos de índole constitucional, a saber: o primeiro, às "liberdades constitucionalmente garantidas", que limitam a competência do órgão legislativo; o segundo, às cláusulas de reserva ou limites ao poder de revisão constitucional dirigidos à legislatura ordinária nas democracias constitucionais (regra de reconhecimento última);

6) DWORKIN, ao contrário, resgata os direitos individuais da teoria positivista e os põe a salvo da ditadura da maioria do utilitarismo, levando-os a sério, ou seja, defendendo que eles estejam presentes em princípios morais políticos que limitam o poder do Estado;

7) nesse sentido, os direitos individuais são vistos como trunfos contra a maioria, no sentido de serem um compromisso moral dela com os indivíduos contra contingências futuras obviamente não prevista ao tempo de sua aquisição;

8) isso significa que os direitos são pré-existentes a qualquer decisão estatal sobre eles, de modo que a sua origem não está na decisão judicial, mas em decisão política passada que os instituiu;

9) o que explica que os juízes não podem ter poderes discricionários, sob pena de violação de direitos que eles não devem alterar, precisamente porque pré-existentes;

10) apesar disso, DWORKIN concorda que os direitos individuais não são ilimitados, em dois pontos: 1) quando direitos constitucionais concorrem entre si, isto é, onde há conflito entre direitos individuais, hipótese em que o Estado pode limitar um dos dois em favor do mais importante; 2) quando o Estado se encontra em estado de guerra, circunstância que autoriza a censura da liberdade de expressão, desde que haja "autêntica emergência";

11) nas duas teorias, positivista e pós-positivista, os extremos coletivo/público e individual/privado são limitados, mas sem qualquer mediação que os aproxime;

12) propõe-se que os direitos humanos, positivados em direitos fundamentais, sejam os mediadores de um diálogo entre extremos que a cada dia se aproximam e se transformam no duplo pólo do outro, no sentido de que nem o coletivo e nem o individual merece prevalência, dado o alto grau de interdependência entre ambos;

13) tais direitos fundamentais são, em essência, direitos individuais concebidos em um contexto histórico e em uma ambiência moral determinados e cambiantes, que somente podem ser alterados ou suprimidos em caso de alteração ou supressão dos elementos culturais de sua origem;

14) dentro deles, os direitos ínsitos ao ser humano, em si considerado, que nenhum direito positivo criou ou meramente reconheceu, devem ser afirmados como reserva de qualquer alteração, como prevê a atual Constituição de 1988, ao conceber a "prevalência dos direitos humanos" nas relações internacionais do Brasil com os demais Estados (art. 4º, II);

15) assim sendo, para o ambiente cultural brasileiro, os direitos humanos são: 1) a pressuposição de sua obrigatoriedade em KELSEN, ou seja, a nossa norma pressuposta; ou 2) a nossa regra última de reconhecimento de HART; ou 3) o nosso compromisso moral da maioria com os indivíduos em DWORKIN; e 4) o padrão cultural de respeito aos direitos contra as decisões políticas do Estado, como algo que é lhe prevalente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1998;

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997;

_____. *Estado, Governo, Sociedade*. Para Uma Teoria Geral da Política, Paz e Terra, 1990;

CANOTILHO, J.J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional*. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001;

CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990;

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, LCPM/UNICAMP/UFRGS, 1985;

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999;

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999;
_____. *Law´s Empire*. Londres: Hart Publishing, 1998;
_____. *Freedom´s Law*. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge and Massachusetts: Harvad University Press, 1996;
_____. Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should Be Overruled. In: STONE, Geoffrey R., EPSTEIN, Richard A. e SUNSTEIN, Cass R. (Org.). *The Bill of Rights in the Modern State.* Chicago: University of Chicago Press, 1992;
HARRIS, J.W**.** *Legal Philosophies*. Londres: Butterworths, 1997;
HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986;
HAYEK, FRIEDRICH A. VON. Os Princípios de Uma Ordem Social Liberal. *Ideologias Políticas*. Brasília: UNB, 1980;
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991;
_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990;
_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: SAFE, 1986;
SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum. *Revista Humanidades*, v. 7, n. 3, 1991;
_____. As Tensões da Modernidade. *Revista Cidadania e Justiça-AMB*, ano 5, n. 10, 1º semestre/2001.

NOTAS

[1] No Prefácio da segunda edição, KELSEN passa a tratar o direito não mais como uma teoria pura, mas como uma teoria geral do direito, mediante o desenvolvimento de "princípios" (?), admitindo que, com essa mudança, ela não abrange todos os fenômenos possíveis de investigação. Sobre os tais princípios, todavia, não se encontra desenvolvimento no livro, a não ser o "princípio metodológico fundamental", mencionado de forma simples na sua abertura.

[2] Sobre a perspectiva holística: "...o conhecimento do Direito - como todo conhecimento - procura apreender o seu objeto como um todo de sentido..." (p. 221).

[3] KELSEN dá alguns exemplos do que seja a pressuposição: 1) p. 209: "Um pai ordena ao filho que vá à escola. À pergunta do filho: por que devo ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que devo obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus. Se o filho pergunta por que devemos obedecer às ordens de Deus, quer dizer, se ele põe em questão a validade desta norma, a resposta é que não podemos sequer pôr em questão tal norma, quer dizer, que não podemos procurar o fundamento de sua validade, que apenas podemos pressupor"; 2) p. 209: "numa comunidade social, numa tribo, vale a norma segundo a qual um homem que toma uma mulher por esposa tem de pagar ao pai ou ao tio da noiva um determinado dote. Se ele pergunta por que é que ele deve fazer isto, a resposta é: porque nesta comunidade desde sempre se tem pago o preço da noiva, quer dizer, porque existe o costume de pagar o preço da noiva e porque se pressupõe como evidente que o indivíduo se deve conduzir como se costumam conduzir todos os outros membros da comunidade"; 3) p. 215, como exemplo de um silogismo: "devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedeçamos às ordens de nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais". Porque a norma fundamental é o **"**último fundamento de validade da ordem jurídica" (p. 50), e porque **"**o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma" (ps. 205, 215-219), ela não passa de um recurso lógico e, portanto, a sua própria validade não pode ser posta em questão num esquema silogístico (p. 215). Isso evita a recondução da validade de uma ordem normativa "...a uma norma superior de ordem metajurídica" (p. 219).

[4] Na obra Teoria Geral das Normas, publicada originalmente em 1979, KELSEN nega a qualificação hipotética da norma fundamental, chamando-a agora de uma ficção, "... que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela corresponde a realidade" (1986: pp. 328-329).

[5] A isso KELSEN chama de princípio da inferência. (1990:, p. 117).

[6] KELSEN diz que a pressuposição alude à obediência aos preceitos criados pelo "autor" da constituição: "O ato criador da Constituição... tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua" (ibidem: p. 9). Mais adiante, diz que a norma pressuposta "...não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição" (ibidem: p. 219). Essa aparente contradição pode ser explicada da seguinte forma: a norma pressuposta não determina o conteúdo de qualquer norma (seu conteúdo é a dinâmica jurídica), mas a constituição, como norma posta, pressupõe a obediência aos preceitos de seu ato criador, o poder constituinte.

[7] A tradução portuguesa, da editora Arménio Amado, utilizada pela Martins Fontes no Brasil, coloca as expressões validade e vigência como sinônimas. Entretando, parece ter havido um defeito técnico de tradução. A eficácia não é a única condição da validade das normas, porque deve estar acompanhada de sua "*fixação positiva*" (ibidem: p. 230). Sendo a validade um misto de competência e procedimento para a edição das normas, a "fixação positiva" assume o significado de um ato que põe a norma no ordenamento (no sentido de "posta" ou "positiva"). Esse ato conclusivo do procedimento de edição coincide com a publicação. Somente com a publicação é que a norma se torna vigente, no sentido de entrar em vigor, sendo apenas um aspecto, embora conclusivo, da validade, mas não a mesma coisa que ela. Por isso não cito a expressão "vigência", como no livro, mas apenas "validade".

[8] De acordo com o Autor, a decisão que reconhece a invalidade tem natureza constitutiva, e não declaratória, porque na decisão declaratória somente se declaram fatos passados, como uma mera constatação, o que torna a decisão por si retroativa, enquanto que, em específico para a inconstitucionalidade, as leis tidas por inconstitucionais "...devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas da forma constitucionalmente prevista", o que equivale dizer que a decisão sobre a inconstitucionalidade é irretroativa, salvo no caso da norma ter sido posta por órgão incompetente ou por indivíduo que sequer seja um órgão (ibidem: pp. 290 e 294).

[9] Parece ficar à margem dessa consideração os direitos chamados de potestativos, porque eles não dependem de contraprestação alheia e são exercidos pela simples e direta iniciativa de seu titular. Nesse caso, não se encontra nenhum "dever" em sua conduta, porque o titular exerce o direito se e quando quiser, como uma mera faculdade. Tampouco existe, nesse caso, sujeito passivo, mas apenas o ativo. Assim, o direito potestativo parece desmentir a versão da prioridade do dever sobre o direito, em qualquer circunstância.

[10] Fica a dúvida sobre se essa limitação é extensiva ao poder de reforma, ou se também o poder de reforma não encontra limite naquele "catálogo", que é todo ele, por definição, fator de limite a esse poder "delegado", de acordo com a teoria tradicional (p.ex.,art. 60, § 4º, IV).

[11] HART diz que o papel do direito é o de se dirigir a um tipo geral de conduta e a uma categoria geral de pessoas, chamando isso de "*diretivas gerais primárias*" (ibidem, pp. 26 e 137).

[12] "Padrão" significa o modo de apreciação concreta das ações humanas: "ter o dever de", "ter de" ou "dever" chama a atenção para o padrão de comportamento (ibidem, pp. 40 e 95).

[13] Os outros defeitos são excluídos com regras de alteração, que corrigem o estatismo das regras, e com regras de julgamento/adjudicação, que corrigem o defeito da ineficácia, atribuindo ao juiz a autoridade para decidir sobre a violação de uma regra primária, através de um processo determinado (ibidem, pp. 105-106).

[14] Os critérios formais distintivos são: 1)quanto à importância: a perda de importância social elimina de imediato a norma moral, mas não a norma jurídica, que depende de revogação; 2) quanto à imunidade à alteração: o direito legal está sujeito a alteração e revogação formais, mas não a moral; 3) quanto ao caráter voluntário dos delitos morais: a violação moral exige dolo, enquanto que a jurídica se contenta com a culpa e até mesmo a exclui em casos objetivos, como na responsabilidade objetiva/sem culpa; 4) quanto à forma de pressão moral: a pressão moral se faz como algo importante em si mesmo, através da lembrança da ação moral compartilhada, enquanto que a pressão jurídica se faz por ameaça ou por promessa de interesses (ibidem, pp. 190-196).

[15] Prefácio (Ensayo Sobre Dworkin) ao livro *Los Derechos en Serio* (DWORKIN, 1999: p. 10).

[16] De acordo com DWORKIN, a solução dos casos difíceis é orientada por princípios, e não por diretrizes (ibidem, pp. 150 e 166), sendo que princípios adotados em casos difíceis dão margem à criação de uma nova norma determinada (ibidem, p. 80).

[17] Coerência e congruência, nesse caso, significam exigências de justiça (ibidem, pp. 156, 189-190 e 194), enquanto que a justificação alude à razões de reconhecimento ou negativa de um direito que uma decisão devem conter (ibidem, p. 175).

[18] Essa eqüidade exige a imposição congruente/justa dos direitos (ibidem, pp. 189-190 e 194), incide sobre a história institucional (ibidem, p. 197) e não se aplica aos objetivos sociais (ibidem, p. 187).

[19] Sem a presença do Estado, portanto, já que a "maioria" não é propriamente titular de direitos. Logo, daí não exsurge logicamente conflito entre interesses individuais e coletivos, sob pena de eliminação dos primeiros (ibidem, p. 296). O conflito de direitos individuais contra o Estado é típico da crise entre ambos ou da falta de cooperação a um objetivo comum (ibidem, p. 276).

[20] A última hipótese de limitação foi vivenciada nos EUA após os ataques terroristas do último dia 11.09.2001, quando se cogitou da restrição temporária de liberdades civis e a própria imprensa impôs uma autocensura, com receio de veicular manifestações que contivessem possíveis mensagens codificadas para novas ações criminosas.

[21] Pretensão de respeito à moralidade política do passado, e não da moralidade presente do intérprete.

[22] A discricionariedade ignora a existência de direitos já estabelecidos por atos políticos anteriores, ou seja, a ausência de norma clara não significa que não existam previamente os direitos em questão (ibiidem, p. 158).

[23] Convicções amplamente difundidas na comunidade (ibidem, pp. 297 e 305), ou "convicções predominantes na legislatura como um todo" (ibidem, pp. 394 e 409) ou "declarações da própria comunidade" (ibidem, p. 418), coincidentes com "alguma coisa com a qual o conjunto da comunidade está comprometido" (p. 411). A isso DWORKIN chama de "comunidade de princípios" ou de "esquema coerente" (ibidem, p. 396) ou "sistema coerente de princípios" (ibidem, p. 403). Porque "as leis [e também a Constituição - p. 474] precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo" (ibidem, pp 404 e 433). Aqui reside o aspecto holístico de sua teoria. No livro Freedom´s Law. The Moral Reading of the American Constitution (Harvad University Press, Cambridge and Massachusetts, 1996), DWORKIN chama isso de leitura moral da constituição, que pede a seus intérpretes que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais, e o melhor entendimento da igualdade moral para homens e mulheres (p. 11). Por leitura moral se deve entender: 1) a proposta "*...that we all - judges, lawyers, citizens - interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice*" (p. 2); 2) a leitura dos direitos e garantias em sua linguagem abstrata e moral, ou seja, como limites ao poder estatal: "*according to the moral reading, these clauses must be understood in the way their language most naturally suggests: they refer to abstract moral principles and incorporate these by reference, as limits on government´s power*" (p. 7).

[24] HÉRCULES tem sobrenome: chama-se DWORKIN. É o alterego de DWORKIN, que fala em seu nome, o defende das críticas e propõe as suas soluções mais "adequadas" (*fit*): "...Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica" (ibidem, pp. 287, 294, 316 e 473).

[25] O Estado-Nação é uma "...representação política que implica o fato de que as populações que constituem uma sociedade no mesmo território reconhecem-se como pertencentes essencialmente a um poder soberano que emana delas e que as expressa..." (CHÂTELET, 1990: p. 85). Ele surge com a Restauração Inglesa de 1690 a afirma-se com as Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789.