

A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana

Marcos André Couto Santos

Sumário

Introdução – delimitação do tema, importância, divisões e metodologia. 1. O ser humano, a sua complexidade, a regulamentação de suas relações pelo direito e as crises. 2. As perspectivas de análise do direito: necessidade de reconstrução. 3. A busca de um conteúdo para o direito: tentativa de delimitação. 4. Por uma nova perspectiva de análise para o direito e sua teoria geral: a preservação da dignidade da pessoa humana. 5. A aplicação da perspectiva de uma Teoria Geral do Direito para preservação da dignidade da pessoa humana: uma visão concreta. 6. Conclusão.

Introdução – delimitação do tema, importância, divisões e metodologia

Interessante notar, prefacialmente, existirem discussões dentro do direito que, até a presente data, ainda não obtiveram uma pacificação e harmonização por parte do entendimento doutrinário e jusfilosófico.

Essas questões dizem respeito ao próprio fundamento do direito e sua relação com o homem em todos os seus níveis. Podem-se relatar aqui as fundamentais indagações na forma de perguntas: 1) O direito é ciência? 2) O direito somente é norma? 3) As fontes do direito são apenas as decorrentes do Estado? 4) Direito e poder se confundem? 5) O que é a justiça? 6) O que é dar efetividade às normas jurídicas? 7) O direito é conservador ou transformador da realidade social?

Marcos André Couto Santos é Procurador Federal. Professor Auxiliar de Direito do Trabalho da FAFIRE/PE. Mestrando em Direito Público pela UFPE.

8) No direito, deve prevalecer a forma ou o conteúdo?

Como se atesta, as questões levantadas são extremamente relevantes e denotam a necessidade da construção de uma Teoria Geral do Direito que realmente delinear o fenômeno jurídico em toda a sua pujança, delimitando-o em seus caracteres fundamentais de forma a que se tenha uma perspectiva formal e um conteúdo seguros ao direito para que este possa atender às suas finalidades precípuas.

Nesse ponto, a Teoria Geral do Direito ainda é incipiente, caso comparada com outras searas do conhecimento humano como a física, a matemática, a biologia, entre outros, restando, por incrível que pareça, ainda a discussão se o direito é ou não uma ciência, como ressaltado acima!

Ora, se ainda não se tem nem plena segurança do caráter científico do direito, resta complexa a tarefa de delimitar uma Teoria Geral do Direito que pressupõe método, conceitos, institutos, harmonização e sistematização para organizar o conhecimento existente sobre o fenômeno jurídico.

Realmente, a importância da Filosofia neste ponto é fulcral. É a filosofia que vai tentar demonstrar as alternativas e detalhar o conteúdo da “Ciência do Direito” e da sua Teoria Geral. A filosofia vai auxiliar na busca dos caminhos que responderão a questões essenciais para o direito que podem ser resumidas em cinco grandes indagações: 1) O que é o direito? 2) O que deve ser o direito? 3) O que pode vir a ser o direito? 4) O que virá a ser o direito? 5) Para que serviu, serve e servirá o direito?

Essas indagações dizem respeito à tentativa de dar um conteúdo material para o fenômeno jurídico, com a determinação de sua finalidade, da sua ontologia e dos rumos que o direito deve seguir para realizar-se em toda a sua plenitude.

O presente trabalho está inserido nesse contexto, buscando fazer uma crítica da forma como se pensou e vem-se pensando o direito enquanto produto cultural humano,

tentando delinear uma Teoria Geral do Direito renovada que atenda às finalidades e anseios específicos do ser humano.

Perceber-se-á nos capítulos seguintes a necessidade de determinar o papel do direito perante a humanidade, e principalmente os questionamentos acerca do conteúdo desse direito. Ressaltar-se-á a necessidade de um comprometimento de todos, para que o direito possa adquirir uma aplicação efetiva rumo à proteção da dignidade da pessoa humana em todos os seus âmbitos.

Este ensaio científico encontra-se dividido em cinco capítulos, objetivando-se; ao final, delinear novos rumos para o entendimento, o estudo e o desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito renovada que tenha como base real a proteção da chamada dignidade do ser humano.

No primeiro capítulo, analisa-se o ser humano em toda a sua força e complexidade, asseverando a necessidade de formas de controle social, como o direito, para manutenção da harmonia social, atestando-se a existência de crises de valor e da crise no direito que se vive na atualidade. Nesse capítulo, busca-se atestar que o homem realmente precisa do direito para manter a paz, harmonia social, possibilitando o progresso da humanidade, e que as crises existem para o próprio desenvolvimento e contínuo aperfeiçoamento humano.

Depois, no segundo capítulo, destacam-se, de forma breve, as principais perspectivas de análise do fenômeno jurídico desenvolvidas pelo homem e que ainda têm reflexos na atualidade, destacando as conhecidas posições formalistas, sociologistas, empiristas, normativas, entre outras, que procuram determinar a forma como o direito deve ser produzido, analisado, aplicado, entendido, pensado e estudado. Nesse ponto, vai ficar demonstrada a necessidade de uma reconstrução da perspectiva de análise do fenômeno jurídico, asseverando as novas teorias que tentam superar as visões reducionistas e parciais que tentam delimitar o direito como fenômeno cultural humano.

Na seqüência, no terceiro capítulo, tenta-se demonstrar a necessidade de se buscar um conteúdo para o direito, delimitando sua finalidade, a fim de se poder construir uma Teoria Geral do Direito dotada de cientificidade. Nessa parte do trabalho, restará atestado que, atualmente, o conteúdo do direito, em todas as formas de sua manifestação, deve estar comprometido com a preservação da dignidade da pessoa humana (direitos humanos, fundamentais, garantia plena da pessoa em toda sua integralidade).

Depois, no quarto capítulo, procura-se destacar a forma como a Teoria Geral do Direito deve delimitar e destacar o conteúdo do fenômeno jurídico, atestando sempre a necessidade de que todos os conceitos, institutos e teorias desenvolvidas devem ter base e fundamento na proteção plena da dignidade da pessoa humana. Aqui, ver-se-á, de forma breve, a participação da sociedade, a forma como se deve destacar a proteção do ser humano pelo direito e a maneira como o direito deve ser acessível a todos.

Por fim, no quinto capítulo, destaca-se a necessidade de um comprometimento de toda a sociedade com esse novo tipo de direito dentro da remodelação de sua Teoria Geral, demonstrando-se que a efetividade/concretização/aplicabilidade do conteúdo normativo do direito não depende só do Estado, mas de toda a comunidade que tem a responsabilidade de aceitar o encargo de criar um ambiente social inclusivo para todos os seres humanos, em respeito pleno à sua dignidade.

A importância do estudo, que ora se apresenta, consiste em tentar estabelecer uma reflexão multidisciplinar, mudando um pouco a forma de pensar o direito que, tradicionalmente, é tão formal e distante, demonstrando poder o direito servir como uma ciência baseada em uma Teoria Geral que venha a dar ao homem mais “humanização” em suas relações sociais, criando laços de solidariedade e de proteção real aos semelhantes.

Ressalte-se, por fim, que se o trabalho ora apresentado for considerado uma crítica utópica em sentido pejorativo ou um sonho, prefiro ser um sonhador do que passar a vida sem tentar contribuir para melhoria do que está posto, principalmente porque triste é aquele que não sonha por um mundo melhor e mais humano. Prefiro, enfim, demonstrar que o suposto sonho pode vir a tornar-se realidade com base em dados concretos de ciência, do que me omitir e escrever linhas de defesa de algo arcaico e primitivo como o direito infelizmente ainda se mostra na atualidade.

1. O ser humano, a sua complexidade, a regulamentação de suas relações pelo direito e as crises

O ser humano, dentro de sua racionalidade, criou um mundo só seu, chamado de mundo cultural na expressão de Carlos Cósio. Esse mundo cultural é formado por interesses, objetivos, sentimentos e vontades que só um ser que tem consciência de sua existência, como o homem, possui.

Na vida em coletividade, o homem construiu esse mundo diferenciado da natureza, vivenciando uma multiplicidade de sentimentos dentro de sua evidente complexidade de “animal superior”.

Percebeu o ser humano que “a união faz a força”, surgindo nesse ponto o sentimento de solidariedade. Mas também se conscientizou, desde as épocas remotas, do fato de que, explorando outro ser humano, irá ter mais vantagens, viver melhor, ser mais rico, poderoso e vigoroso, conquistando posições e firmando-se até como “líder”, seja econômico, político, religioso, etc; diante e dentro da coletividade.

O ser humano, nesses termos, é esse misto de sentimentos, de dubiedades, em síntese: um intrincado ser espiritual dotado de amor e de ódio! Tal fato é percebido, de forma clara, analisando a história da humanidade, na qual se relatam momentos de pura reflexão espiritual com a tentativa de disse-

minação de ideais de solidariedade, mas também momentos de competição que conduziram a guerras, mortes e seqüelas que ficaram registrados e foram causados pelo ser humano ao longo dos tempos.

De forma simplória, traça-se o esboço acima para demonstrar que os homens (seres humanos) precisam desenvolver formas de controle social sobre os demais homens (seres humanos), a fim de que se viabilizem o convívio social e a produção de riquezas para atingir o bem comum.

Prefacialmente, e de uma forma rudimentar nas sociedades “primitivas”, estabeleceram-se as “verdades” religiosas, o respeito à “moral eterna” advinda de crenças dos grupos humanos que davam apoio e base a certa segurança no convívio social existente, possibilitando a manutenção do grupo e não a sua destruição por brigas e supostas disputas. Havia, assim, o respeito às divindades (religião), aos usos, aos costumes, à moral, tudo no início misturado, formando padrões de normas éticas não-diferenciadas. Nessa esteira, surge posteriormente o direito, mas ainda mesclado à religião, aos costumes, à moral, sendo algo assim não-diferenciado.

A diferenciação do direito das demais normas éticas é um fenômeno moderno que estabelece padrões de conduta coercíveis, impostas pelo ente estatal em benefício, supostamente, de toda a coletividade¹.

Claro que todas as normas éticas, como moral, religião, direito, principalmente em épocas primitivas, eram impostas por uma minoria que dominava e controlava essas fontes normativas, seja por serem “enviados dos deuses”, “profetas”, “pajés”, seja por serem os “próprios deuses” (faraós, monarcas absolutos), ou seja por serem “representantes da vontade do povo” (parlamentares, governantes).

O direito moderno passou a se basear em critérios próprios, elencados na chamada dogmática jurídica, auto-reproduzindo-se nas sociedades mais desenvolvidas com base em valores estabelecidos ao longo da história, visando precipuamente à manuten-

ção da paz, segurança, ordem e harmonia social – tudo isso consubstanciado na vaga palavra: Justiça.

Aparece o direito, para a maioria dos juristas, como um fenômeno de poder, uma forma de controle social, um modo de estabelecer regras que devem ser seguidas obrigatoriamente por todos da sociedade sem análise do seu conteúdo moral, por exemplo, destacando a nota prefacial de conferência de estabilidade às relações sociais diante da previsibilidade de aplicação de sanções pelo descumprimento das regras/normas.

O direito passou, assim, dentro das sociedades modernas, a ter um papel fundamental na garantia da estabilidade social, tornando viável o convívio humano em sociedades altamente complexas, nas quais existem milhões de seres humanos desejosos de bens, valores e pretensões cada dia mais diferenciados.

Entretanto, as crenças humanas, as ideologias, os valores humanos, ao longo da história, sofreram imensas mutações e questionamentos. Quantas civilizações, filosofias, teorias perderam sua validade ou foram desconsideradas em face do suposto progresso da humanidade. Nesse ponto, insere-se uma característica natural, que é a tendência do homem a vivenciar crises, no mais das vezes, provocadas por ele mesmo dentro de sua perspectiva e forma de ser insaciável, de querer continuamente mudar.

Ressalte-se que as crises não são negativas, ao contrário, denotam o suposto desenvolvimento de novas idéias e de novos fundamentos de justificação do poder.

A história, nesse ponto, é riquíssima em exemplos, já que delinea a própria análise das crises, a superação das mesmas e a formação de novas sociedades/doutrinas/filosofias. Observem-se as quedas dos Impérios do Oriente (Egito, Mesopotâmia) na época das civilizações antigas; a criação do Império Romano e sua derrocada frente ao cristianismo; as Idades Média e Moderna com o poderio da Igreja Católica e as críti-

cas formuladas pelos luteranos calvinistas, que conduziram ao fim dos Estados Monárquicos e à efetivação do Estado Contemporâneo, baseado em Cartas Fundamentais e na proteção dos direitos humanos.

Tais crises e quedas de regime, com a formulação de novas doutrinas/filosofias, formas de controle estatal, são próprias da evolução e busca de maior realização dos próprios seres humanos.

Hoje, existem fatores variados que questionam, todavia, a legitimidade desse direito e das normas jurídicas como um todo, procurando demonstrar a inoperância do sistema jurídico para atender aos reclamos sociais e manter a estabilidade jurídico-social. Bem ressalta David Wilson de Abreu Pardo a complexificação adquirida pelas sociedades atuais em desconexão com as normas do ordenamento jurídico. Veja-se a análise na órbita da crise constitucional:

“Neste sentido, devemos levar em consideração vários fatores: a questão do pluralismo social, que perturba decisivamente a função de unidade e integração da lei constitucional; o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais, tornando a constituição um anacronismo; ainda o fenômeno da personalização do poder (legitimidade pessoal – e não constitucional); o mito da revolução através da lei, que aponta para a diminuição da força ordenadora da constituição perante a meta da revolução e, finalmente, a progressiva ideologização das constituições, ameaçando convertê-las em ‘programas partidários’. Teríamos, como resultados desses sintomas, a perda do sentimento constitucional e da cedência da força normativa da constituição ante a normalidade social” (1999, p. 116).

Outro exemplo de crise é a conhecida decepção provocada pela inefetividade do direito diante da suposta decadência do constitucionalismo social. A figura da Constituição Dirigente, que conduziria suposta-

mente à efetivação/concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, não vem apresentando o resultado esperado por falta de atuação efetiva do grupo social, gerando uma crise evidente de perda de legitimidade dos sistemas jurídicos atuais. Essa crítica é feita de forma surpreendente pelo próprio fundador da tese da Constituição Dirigente, J.J. Gomes Canotilho:

“As constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais, não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante, como dissemos; elas ergueram o Estado a ‘homem de direcção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a crise da política regulativa. Por outro lado, erguer o Estado a ‘homem de direcção’ implica o desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralistamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde modelos regulativos típicos da subsidiariedade (...)” (1996, p. 9).

Assevera o autor referido que a crise da Constituição Dirigente (constitucionalismo social) ocorre porque o ente estatal não pode ser responsável pela concretização de todos os direitos sociais, econômicos e culturais, etc..., deve-se fundar o pacto constitucional na cooperação efetiva de todos na busca da densificação das normas e valores constitucionais essenciais. Bem fala o autor sobre essa teoria da constituição moralmente reflexiva com a necessidade de participação ativa de toda a sociedade:

“Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de ‘eficácia reflexiva’ ou de ‘direcção indireta’ – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação –

podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que, reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do princípio da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarda à diversidade cultural (princípio da tolerância) “(1996, p. 16-17).

Passa, dentro dessa crise no direito, a ocorrer, então, a busca incessante por um novo paradigma que informe as normas jurídicas e o fenómeno jurídico como um todo, viabilizando a realização das expectativas populares, concretizando os enunciados normativos postos nas Cartas Fundamentais e no ordenamento jurídico como um todo, garantindo a preservação da ordem e segurança com a paz social, buscando criar uma Teoria Geral do Direito renovada. De forma até certo ponto dramática, conclui David Wilson de Abreu Pardo:

“De fato, não se desconhece a profunda fragmentação da realidade social. Esse é um ponto a ser considerado na crítica pós-moderna: a hipercomplexificação do mundo em que vivemos (...) Dessa forma, um novo conceito jurídico de Constituição que apreenda aquela tensão referida se faz necessário. Ao mesmo tempo em que se faz presente a força normativa da legalidade dos poderes públicos, o estatuto daí resultante deve se abrir a um diálogo com as regras extra-legais do meio societário. Como diz Canotilho, não se trata da dissolução da constituição formal na velha ‘constituição real’, nos ‘fatos políticos’” (1999, p. 121).

Como se atestou, o ser humano ao longo da história viveu e continua vivendo crises e tenta superá-las, a fim de estabelecer melhores condições de vida com maior harmonia social.

Nesse momento, conforme deveras salientado, vive-se no direito uma dessas enormes crises, fruto principalmente de uma inaptidão efetiva de concretização de direitos fundamentais, sociais, econômicos. Essa crise urge por uma superação que, salvo melhor juízo, só será obtida pelo estabelecimento de um novo pacto social e pela implementação de uma Teoria Geral do Direito baseada em dados de ciência (cf. LAFER, 1998).

Dentro desse contexto, perceber-se-á quão difícil é dar garantia e proteção a valores, direitos e preservar o próprio ser humano. O próprio conteúdo do direito e sua estrutura dogmático-positivista vêm sendo questionados, criticados e postos em xeque. O direito oficial, salvo melhor juízo, parece não conseguir dar respostas sociais efetivas aos problemas postos, acabando por surgir movimentos alternativos que questionam a própria legitimidade do sistema jurídico-político vigente, tentando estabelecer novos paradigmas de atuação, de conteúdo e de valor para o direito.

Essa crise jurídica está envolvida com a criação de um ambiente supostamente de globalização econômica, de pluralismo social e de avanço das idéias filosóficas, mas também de exclusão social, pobreza, marginalização, ignorância e tirania. Tal embate de valores positivos e negativos acaba por fragilizar a democracia, devendo o ser humano aprender a necessidade da solidariedade social com atuação conjunta do ente estatal e da sociedade organizada para dar oportunidade aos menos assistidos, fazendo prevalecerem e se realizarem os direitos fundamentais para garantia da dignidade da pessoa humana. Habermans mostra que é melhor cultivar a solidariedade humana:

“Para quebrar as correntes de uma universalidade falsa, meramente presumida, de princípios universalistas criados seletivamente e aplicados de maneira sensível ao contexto, sempre se precisou, e se precisa até hoje, de movimentos sociais e de lutas políticas no sentido de aprender das experiên-

cias dolorosas e dos sofrimentos irreparáveis dos humilhados e ultrajados e dos mortos, que ninguém pode ser excluído em nome do universalismo moral nem as classes subprivilegiadas nem as nações exploradas nem as mulheres tornadas domésticas nem as minorias marginalizadas. Quem exclui o outro, que lhe permanece um estranho, em nome do universalismo, trai sua própria idéia. O universalismo do respeito igual em relação a todos e da solidariedade com tudo o que tenha semblante humano se comprova apenas na libertação radical de histórias individuais e de formas particulares de vida” (JÜRGEN HABERMANS apud PORFÍRIO; FERNANDES, 1998, p. 65-84).

Enfim, o ser humano em sua complexidade é formado por sentimentos cambiantes que se externam no plano do amor e do ódio, que podem conduzi-lo a belas atitudes de solidariedade, mas também podem gerar guerras e destruições massiças. Nesse contexto, para frear os ímpetos dos seres humanos, tornando possível o convívio social, surgem as formas de controle, como é o direito. Esse direito, baseado em normas e regras coercíveis na modernidade, encontra-se em crise, por já não atender aos anseios do homem, necessitando de urgente reformulação em toda sua contextura e na sua Teoria Geral, principalmente na busca de um conteúdo específico, para manter a ordem, a estabilidade, protegendo o ser humano em toda a sua magnitude.

2. As perspectivas de análise do direito: necessidade de reconstrução

Na análise acima destacada, percebe-se que o modelo do direito atualmente vigente na sociedade contemporânea está em crise. A seguir, procura-se demonstrar de forma sintética como o fenômeno jurídico foi pensado ao longo da história da humanidade, com base em alguns expoentes do pensamento jurídico.

As doutrinas que vão merecer breve análise para os fins deste trabalho são: as teorias formalistas; as teorias decisionistas; as teorias sociológicas; as teorias alternativistas; as teorias interpretativas. A seguir discorrer-se-á brevemente sobre cada uma.

Inicialmente, quando se está criticando o direito moderno, deve-se levar em conta que a análise a ser empreendida começa a partir da Revolução Francesa, quando ocorreu a laicização do Estado, separando-se de modo cabal – pelo menos formalmente – o direito da religião e das demais ordens éticas.

Nesse contexto, destacam-se primeiro as teorias formalistas do direito. Essas teorias formalistas têm em Hans Kelsen seu maior expoente. Esse autor defende que o importante para o direito é ter uma teoria geral que permita saber como as normas jurídicas são produzidas, criadas e aplicadas, não importando, pelo menos para a Teoria Pura do Direito, a questão do conteúdo da norma posta.

Como se vê, a Teoria Pura consiste numa tentativa de dar cientificidade ao direito, delimitando de forma sistematizada e com metodologia própria o modo como as normas e os ordenamentos jurídicos são constituídos e se desenvolvem. É uma teoria que foge ao aspecto do valor, tendo um conteúdo eminentemente formalista, apegado à tentativa de dotar o direito de uma clara autonomia enquanto Ciência Pura. Bem claro é Kelsen ao asseverar a pureza de sua teoria normativo-formalista:

“A ‘pureza’ de uma teoria do Direito em que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente” (1998, p. 291).

Assevere-se que Kelsen não defendia a ausência de conteúdo para as normas jurí-

dicas, mas dizia que o problema do conteúdo refoge à Teoria Pura do Direito, sendo a Justiça e os valores imanentes às normas problema afeito a outras áreas do conhecimento².

A crítica é que a Teoria Pura do Direito apresenta-se formalista e não delimita um conteúdo específico para o direito, apenas se preocupando com a norma enquanto enunciado que precisa ser informada para ser produzida, criada, ter vigência, validade e eficácia.

De forma ainda mais radical, tem-se as chamadas teorias decisionistas, nas quais o expoente sem dúvida foi Carl Schmitt na análise que fez na órbita do direito constitucional.

Defende Carl Schmitt que o direito e o poder estão umbilicalmente ligados, sendo o conteúdo da Constituição uma decisão política que prevalece, fazendo-se norma.

Para o autor, não existem valores a se protegerem de forma utópica, mas sim a necessidade de asseverar que as normas jurídicas são decisões políticas e assim devem ser tratadas. Comentando o teor da Constituição, destaca Schmitt:

“La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución se establece por sí misma sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente” (1982, p. 46).

Leva, nesses termos, ao extremo Schmitt a idéia de direito vinculado ao poder, tornando o próprio direito apenas uma forma de manifestação das forças dominantes sem

maiores condicionamentos, nem tampouco autonomia própria.

A crítica é que essa teoria também é formalista, afetando a própria autonomia que se almeja emprestar ao direito, que é reduzido ao fenômeno político como uma das formas de sua expressão; não tendo, assim, princípios próprios mais elevados, nem tampouco autonomia para realizar um plexo de valores diferenciado.

Também, tem-se a visão das teorias sociológicas do direito, que têm como um importante representante no Brasil o Prof. Cláudio Souto, desenvolvendo uma teoria social do direito que almeja determinar um conteúdo científico-social ao fenômeno jurídico (direito).

As teorias sociológicas procuram mostrar o direito como uma forma de controle social que visa a proteger os valores sociais fundamentais humanos, destacando que o direito não é só a lei/norma, mas também é o conteúdo social subjacente que será regulado.

Cláudio Souto destaca que a análise juspositivista do direito com base em teorias normativas é reducionista, não dotando de cientificidade o direito. Segundo defende, o certo seria perceber o contexto social das relações humanas e delas inferir-se, com base em dados empíricos de ciência, o conteúdo do direito e das normas jurídicas que merecem proteção por terem sustentáculo social.

Estabelece o autor que o direito deverá preservar e plasmar um sentimento de agradabilidade entre os seres humanos, efetivando uma esfera de segurança e paz social, na qual os conflitos serão resolvidos de forma cabal pela análise do contexto social subjacente em toda sua plenitude fática com auxílio de dados concretos de ciência. Veja-se a lição do autor:

“Como o direito é forma e conteúdo ao mesmo tempo, e inseparavelmente, se se lhe quer atribuir o máximo possível de segurança cognitiva, é preciso informá-lo de lógica em sua forma, e de ciência substantiva em seu conteúdo. E quanto mais rigorosa seja

a ciência substantiva que informe o jurídico, maior, evidentemente, a segurança cognitiva deste”³.

A crítica é que essas teorias procuram ver o fato social como o fundamento do direito, procurando reduzi-lo à interpretação dos fatos sociais concretos, incorrendo no mesmo erro acima delineado de serem reducionistas e parciais. Isso porque essas teorias sociológicas não asseveram o conteúdo do direito que não seja a interpretação dos fatos sociais para a resolução de conflitos subjacentes, tornando o direito muito mais um capítulo da sociologia do que propriamente a ciência autônoma com seus métodos e realidades próprias.

Ainda, tem-se as teorias alternativas do direito ou, como mais popularmente são conhecidas, as teorias do direito alternativo.

As teorias do direito alternativo buscam mostrar que o direito não se restringe ao direito oficial, ou seja, ao direito estatal, que há o direito das favelas, das minorias, que há um direito diferente do meramente estatal.

Tentam demonstrar que esse direito de base mais empírica, e ligado supostamente a uma realidade social de periferia, é mais efetivo e realizável do que o direito oficial, tendo mais legitimidade para proteção da coletividade, devendo ser reconhecido e amparado pelo direito oficial.

Além dessa visão do direito alternativo, há outros pensadores que tencionam demonstrar que o direito alternativo é aquele direito atual, estando mais ligado aos problemas humanos recentes, seria ainda o direito das lutas sociais, devendo prevalecer essa realidade contra as normas estatais cristalizadas em Códigos de dezenas ou até centenas de anos atrás que não tem mais sustentáculo axiológico, nem fático nas relações humanas subjacentes.

A lição de Roberto Lyra Filho nesse sentido é pujante ao analisar a perspectiva de uma Justiça Social:

“Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas so-

ciais, para levar à criação duma sociedade, em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas. À injustiça, que um sistema institua e procure garantir, opõe-se o desmentido da Justiça Social conscientizada; às normas, em que aquele sistema verta os interesses de classes e grupos dominadores, opõem-se outras normas e instituições jurídicas, oriundas de classes e grupos dominados, e também vigem, e se propagam, e tentam substituir os padrões dominantes de convivência, impostos pelo controle social ilegítimo; isto é, tentam generalizar-se, rompendo os diques da opressão estrutural. As duas elaborações entrecruzam-se, atrimam-se, acomodam-se momentaneamente e afinal chegam a novos momentos de ruptura, integrando e movimentando a dialética do Direito. Uma ordenação se nega para que outra a substitua no itinerário libertador. O Direito, em resumo, se apresenta como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda” (1992).

A base do pensamento dos alternativistas, enfim, reside exatamente no fato de o direito oficial não conseguir se realizar, não resolvendo problemas humanos fundamentais, restando patente o seu caráter conservador de direito posto por uma minoria do-

minante em contraste com a realidade subjacente.

Essas críticas realmente têm procedência em sua generalidade. Só que se deve perguntar o que os alternativistas pretendem: o fim do direito estatal? O fim da interpretação atrelada a normas aprovadas pelos parlamentares dentro de um regime democrático? Qual o conteúdo do novo direito a ser criado? Quais os limites a esse novo direito alternativo?

Realmente, não define o movimento do direito alternativo o conteúdo do novo direito que querem construir e efetivar, não delimitam um método para criação, modificação e até modernização do direito a ser implantado em lugar do direito oficial. A teoria do direito alternativo perde assim substância, sendo passível de causar maiores danos com a insegurança jurídica e a quebra do equilíbrio das relações humano-sociais.

A crítica ao direito oficial e à dogmática jurídica deve ser feita, mas de forma temperada, até porque é nesse modelo de direito que restam ao menos formalmente garantidos os princípios éticos e valores fundamentais do ser humano na atualidade. Bem ressalta João Maurício Adeodato:

“(…) Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de pôr (daí positivismo) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de ‘justiça’ ou de ‘razão’. (...) A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões

homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos ‘em si mesmos’, o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo” (1997, p. 272).

Por fim, tem-se o que chamamos de teorias interpretativas. Essas teorias têm a base de discussão na linguagem, no valor da retórica, no direito enquanto palco de debates e discussões para resolução dos conflitos postos.

A visão dessas teorias é que a norma/lei seria apenas um dos referenciais para aferir o conteúdo do fenômeno jurídico, e também para resolução dos conflitos sociais subjacentes. Esses conflitos só seriam resolvidos por meio da interpretação, com base na aplicação da norma jurídica em integração ao fato social conflituoso a ser sanado.

Essas teorias interpretativas da linguagem procuram destacar que não existe a tradicional subsunção na qual se analisa o fato, aplica-se a norma, atingindo-se uma conclusão (fato – norma – conclusão). Isso é algo que não ocorre - defendem - na esfera complexificada das relações humanas.

Tal fato deve-se à enorme gama de variáveis existentes na solução de um conflito que conduz à necessidade de adotar métodos de interpretação e de visualização do direito diversos dos tradicionalmente conhecidos.

Aí, passa-se a defender a chamada tópica, que tem representante maior em Theodor Viehweg, na qual a análise do direito não reside no estudo da norma ou dos valores sociais que merecem proteção. Mas, sim, o direito vai-se concretizar e realizar, adquirindo conteúdo, quando se está diante de um problema sócio-econômico-político-jurídico concreto que merece solução a fim de evitar conflito maior dentro do seio da sociedade. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 523) ressalta:

“Na mesma linha de pensamento, o jusfilósofo Theodor Viehweg

(1974), ao versar o tema, entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. O raciocínio jurídico, para ele, tem um sentido argumentativo: raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Argumentar significa, num sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico na sua operacionalidade, Viehweg (1974) assinala, pois, que a decisão jurídica aparece, neste sentido, como uma discussão racional, isto é, como um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como 'discussão de problemas'⁴.

Como se vê, essas renovadas teorias da interpretação do direito vêm que a concretização do direito ocorrerá com a análise do problema posto, aplicando-se *topois* (lugares comuns): valores condensados e perspectivas previamente adotadas do que é legal e justo, para resolução de forma integrada do conflito existente (problema).

Não interessa tanto a norma que se vai aplicar, o que importa para essa linha de pensamento tão em voga atualmente é conseguir manejar os *topois* sobre o problema posto, visando a encontrar a solução jurídica mais razoável para pacificação do conflito social.

Nesses termos, não haveria padrões de solução uniformes e generalizados dos conflitos, como gostariam os formalistas, nem tampouco valores sociais plenos e universais que merecessem guarida, como já destacaram os sociologistas, não sendo também o direito uma mera decisão de cunho político, nem tampouco necessário adotar direitos alternativos para atingir a solução justa para o caso concreto. Ao contrário, defendem que as soluções dos conflitos são diferenciadas para cada situação concreta a ser analisada, dentro das peculiaridades e den-

tro das características que merecem proteção. A solução a ser atingida para o conflito será fruto de uma reflexão acerca do problema por meio da aplicação de técnicas argumentativas, que tenderão a atingir a solução mais equânime, ponderável, proporcional e razoável diante do problema posto.

A crítica feita a essas teorias interpretativas, baseadas na tópica/retórica e na concretização, é que essas apenas renovaram o entendimento do fenômeno jurídico, mas não delimitaram o conteúdo do direito, não definindo uma Teoria Geral de cunho material para o mesmo. Apenas, aceitam essas teorias interpretativas a complexidade social e não reduzem o direito a meras regras subsuntivas na solução dos problemas concretos, mas mesmo assim mostram-se insuficientes para atender à necessidade da delimitação de um conteúdo e de uma Teoria Geral plausível para o fenômeno jurídico.

Enfim, dentro da breve visão acima delineada, pode-se perceber que não devemos adotar uma visão de reduzir o direito à norma jurídica, ou ao fato social, ou a uma mera decisão de cunho político, ou então excluir a aplicação do direito oficial em benefício de um suposto direito alternativo, nem tampouco pode-se aferir o direito apenas pela análise dos problemas concretos em face das técnicas da tópica/retórica utilizadas.

As visões do direito com base somente em norma, fato social, problema, poder, estatalidade, são todas formais, sem se conseguir aferir um conteúdo para o direito. Esse conteúdo é algo necessário de ser determinado, aferindo-se a finalidade do direito na realidade humana atual, a fim de se tornar possível a construção de uma Teoria Geral do Direito com cunho efetivamente científico e embasado.

3. A busca de um conteúdo para o direito: tentativa de delimitação

A busca de um conteúdo para o direito é algo assente na história da humanidade. Para os fins deste trabalho, não cabe uma

análise filosófica do tema, até porque se prefere dar ao direito um conteúdo de cunho prático que venha a fazer com que ele cumpra a sua finalidade precípua.

Nesse sentido, a primeira questão que se coloca é estabelecer qual a finalidade do direito para tentar localizar um conteúdo específico para o fenômeno jurídico. Essa questão já foi deveras analisada no capítulo 1 deste trabalho, quando se destacou que a finalidade do direito é servir como uma forma de controle social que estabeleça segurança às relações sociais subjacentes, garantindo as expectativas e protegendo os valores fundamentais plasmados em uma sociedade.

Então, em síntese, a finalidade do direito, dentro da primeira análise feita, é uma visão conservadora do direito ligado ao controle social, preservador das relações jurídicas subjacentes, garantidor do *status quo* vigente. Ou seja, a finalidade basilar, como acima delineado, seria a de preservação do valor: *segurança*. A segurança no direito pode ser entendida, na lição clássica de Dalmio de Abreu Dallari, como: “entre as principais necessidades e aspirações humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada, que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver” (1980, p. 26).

Essa idéia de segurança existe tanto na esfera pública quanto privada. Na esfera pública, serve a segurança jurídica a governantes e governados na preservação das expectativas, evitando opressão e tirania. Já, na esfera privada, a regulamentação dos negócios é apoiada no valor segurança, servindo este para manter a estabilidade, disciplinando as relações jurídicas humanas em sua contextura usual (cf. FANTONI JÚNIOR, 1997, p. 14).

Nelson Saldanha, dentro dessa linha, vê o direito em sua teoria como um mantenedor da ordem, sendo os valores jurídicos atrelados à idéia de segurança, inserido num contexto histórico determinado de cada povo. Veja-se a lição do autor:

“O direito, tanto quanto a política, concerne a comportamentos, a valores e a moldes institucionais. Em ambos há ‘princípios’ (posto que há valores) e ocorrem relações entre um plano geral e casos particulares. Ocorre a necessidade de compreender, aplicando noções específicas, e portanto a necessidade de uma hermenêutica, que só pode ser suficiente – tanto no caso do direito como no da política – se tem em mira o todo, isto é, a ordem vigente” (1992, p. 148. Ver também 1998).

Entretanto, essa finalidade do direito, enquanto ordem mantenedora da segurança, é parcial e incompleta, integrando principalmente os interesses dominantes de uma sociedade ao refletir muito mais uma visão político-econômico-jurídica da elite dominante.

Para fazer o contra-ponto, outra finalidade do direito pode ser vista dentro de um contexto revolucionário, de ruptura de estruturas, de estabelecimento de um novo patamar de valores dentro de um grupo social. O direito aqui seria uma via para alteração da situação de dominação, servindo de meio integrador dentro do contexto sócio-político-jurídico subjacente.

A finalidade do direito no plano revolucionário apoiar-se-á mais no valor: *justiça social*, baseado em princípios como a igualdade material e a idéia de proteção e garantia aos hipossuficientes. Aqui, ter-se-á o direito como alterador do *status quo* vigente, estabelecendo oportunidades e criando mecanismos de modificação da realidade social subjacente.

Miguel Reale defende ser a Justiça identificada como o bem comum de todos os seres humanos dentro de uma perspectiva ético-jurídico-espiritual. Vejam-se as conclusões do jusfilósofo:

“A Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos da convivência, pressupõe o valor transcendental da

pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da Justiça leva-nos a identificá-la como o bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos da 'estrutura', de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica" (1994, p. 272).

A realização da Justiça seria, nesse ponto, a finalidade basilar do direito. Entretanto, faltaria a essa perspectiva a delimitação do que seria justo ou injusto com base em critérios reais para evitar um vazio ontológico para o direito, conduzindo a posições radicais e fluidas de imposição de normas e valores muitas vezes antidemocráticos e totalitários.

Deve-se asseverar que questionar qual a finalidade do direito de forma excludente é algo precipitado e demagógico. O direito não pode ser visto só como estratificador de uma situação político-social consolidada (*segurança*), nem tampouco é capaz de alterar a total contextura social existente com base em seu suposto pendor revolucionário para realização de uma idéia de justiça sem conteúdo material evidente (*justiça social*).

O direito tem de buscar a sua finalidade na realização da proteção e segurança dos anseios, bens, valores humanos existentes, garantindo a segurança tão apregoada pelos conservadores, mas também permitindo a abertura normativa para influir e influenciar sobre os fatos, criando a possibilidade de inclusão e melhoria da qualidade de vida dos seres humanos em geral.

Enfim, a finalidade do direito é dar segurança, proteção, paz social ao homem no convívio com os seus semelhantes (aspecto

formal), mas também possibilitar a atuação revolucionária das normas jurídicas para alterar a contextura social, preservando e garantindo a dignidade da pessoa humana, como restará evidenciado nos itens posteriores.

Atestada a finalidade de conservação/revolução do direito para garantia do ser humano e de sua interação social mais completa, parte-se ao questionamento do conteúdo que deve possuir o direito plasmado em suas normas, princípios, regras, preceitos.

Realmente, poder-se-ia questionar que o direito tem um conteúdo dependente de cada sociedade em que é realizado, sendo esse conteúdo baseado em valores sociais que merecem proteção diante de cada momento histórico e dentro de cada grupo humano especificamente (cf. SALDANHA, 1988, p. 71-82).

Essa visão histórica de cunho empirista, se prevalecesse, tiraria todo o fundamento da discussão ora delineada, já que serviria para defender o caráter relativo do direito diante do fato de não se estabelecer um conteúdo fixo e determinável ao direito de forma universal.

Não se quer ingressar, no presente trabalho, na polêmica da existência ou não de valores no plano ideal (Nicolai Hartmann) ou apenas no plano concreto-histórico (Nietzsche), mas deve-se ressaltar que o relativismo de valores do fenômeno jurídico é algo perigoso, podendo servir para deixar um imenso vazio onto-axiológico para o direito, inviabilizando a construção de uma Teoria Geral com base científica delimitável dentro de uma esfera necessária de análise do seu conteúdo.

Por isso, inobstante não rejeitar as discussões acima referidas, entendo que se deve buscar um conteúdo para o direito que vá além do aspecto histórico-valorativo de cada povo/civilização, adquirindo na atualidade o foro de universalidade.

O conteúdo a ser dado ao direito será definido com base na análise da experiência subjacente⁵ dentro do contexto humano

atual, ressaltando também dever a Teoria Geral do Direito e o fenômeno jurídico aplicados à realidade ter um embasamento numa ética do bem em benefício de todos, dando-se dessa forma um conteúdo específico ao direito. Eros Roberto Grau é claro nesse sentido:

“ Não pretendo, no apelo à ética que do meu texto se depreende, substituir esses valores formais por uma ética que projete, e represente, as particularidades de determinados agrupamentos de indivíduos. E, como inexiste uma ética universal, estou convencido de que a universalidade da lei e os procedimentos legais – embora sempre relativizados em sua aplicação, como eu mesmo anteriormente observei – são conquistas da humanidade das quais não se pode impunemente abrir mão (...) Por isso mesmo, a eticização do direito pela qual se clama apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdos às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade exclusivamente técnica e significa atuem segundo uma ética na lei (não acima da lei)” (1988, p. 78).

Defendo que o conteúdo a ser dado ao direito está presente na proteção integral do ser humano, que é vista atualmente como a garantia dos direitos fundamentais/humanos, e num segundo momento de forma mais ampla dentro da garantia da própria dignidade do ser humano.

Assim sendo, o direito deve ter o seu conteúdo voltado à proteção do ser humano, sendo elaborada uma teoria substancial dos direitos humanos/fundamentais. Os direitos humanos/fundamentais merecem uma proteção em toda sua contextura, em especial garantindo, em último plano, a plena dignidade do ser humano, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Deve-se, pois, delinear uma Teoria Geral do Direito com base nos direitos humanos/fundamentais de forma substancial,

pois esse deve ser o conteúdo precípua do direito e de toda a sua dogmática, filosofia e sociologia.

Atualmente, uma das teorias mais completas sobre os direitos fundamentais foi construída por Robert Alexy, referência obrigatória nessa temática⁶.

O objetivo de Alexy, em sua teoria, é esclarecer o conteúdo jurídico-positivo dos direitos fundamentais, estabelecendo os seus caracteres de forma integrativa dentro de uma visão substancial, baseado em três perspectivas: analítica, empírica e normativa.

Ressalta, nesses termos, Willis Santiago Guerra Filho a intenção de Alexy em elaborar uma teoria jurídica que leve em consideração as múltiplas perspectivas do direito:

“ A concepção epistemológica da dogmática jurídica que se defende pode ser denominada de ‘inclusiva’ (Guerra Filho, ARSP, 1989), por propugnar que se leve em conta uma multiplicidade de perspectivas de estudo do direito, quando da elaboração de respostas aos problemas colocados, às quais se possa associar o atributo da cientificidade compatível com o caráter prático desses problemas e, por via de consequência, também da ciência que deles se ocupe” (1995, p. 46-47).

De forma sistemática, Alexy, dentro de sua teoria, tem a dimensão analítica servindo para criar um sistema conceitual que permita, com clareza, o estudo do objeto enfocado. Também, tem a sua teoria uma dimensão empírica em que se analisa primeiro o direito positivo e depois se busca construir a aplicação da argumentação jurídica no plano da ordem normativa real. E, por fim, tem-se a dimensão normativa, fazendo alusão, nessa ordem, a uma crítica do material de direito positivo em que se incluem os discursos do legislador, operadores jurídicos e aplicadores da norma.

Alexy afirma que o estudo das 3 dimensões é essencial para a ciência do direito, a fim de se dar uma feição de cientificidade à teoria dos direitos fundamentais dentro de

um âmbito pluridimensional. Veja-se a síntese do autor:

“Frente a las três dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificante si la ciencia del derecho há de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular recíprocamente las tres dimensiones. Tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica” (1997, p. 33).

Na teoria de Alexy, ele procura pontualizar de forma crítica a essência desses direitos fundamentais, tentando delimitá-los e respondendo a importantes questões, tais como:

“(...) Em toda a parte onde direitos fundamentais existirem colocam-se os mesmos ou semelhantes problemas. Apenas para mencionar alguns: que diferenças estruturais existem entre direitos de defesa liberais, direitos à proteção, direitos fundamentais sociais e direitos de cooperação política? Quem é o destinatário, quem é o titular de direitos fundamentais? Sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados? Com que intensidade pode um Tribunal Constitucional controlar o legislador sem que sejam violados o princípio democrático e o princípio da separação de poderes?” (1999, p. 67).

O esforço de Alexy, que no âmbito deste trabalho não cabe analisar por refugir ao nosso objeto central do estudo, é formar uma teoria de cunho material, multifacetada e objetiva que destaque a correta dimensão dos direitos fundamentais, conduzindo à sua plena proteção e evitando também o engessamento de certos direitos ditos nominalmente fundamentais mas que nada têm de realmente fundamentais para o homem (1998).

A teorização de Alexy serve claramente para delimitar o conteúdo do direito como sendo a proteção integral da pessoa humana dentro da perspectiva por ele criada, de-

lineando-se claramente as dimensões analítica, empírica e normativa na explicação do conteúdo do direito por meio da análise dos direitos fundamentais. Tem-se, assim, na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy a tentativa de aferir com mais precisão, dentro do arcabouço dos direitos fundamentais e conseqüentemente, o conteúdo do direito enquanto fenômeno social positivado.

Além dessa teoria de Alexy, que busca explicar o teor dos direitos fundamentais, é também interessante notar a Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Esse autor defende que o direito tem de ser informado por conteúdos substanciais, quais sejam: os direitos fundamentais, mercedores de serem garantidos e realizados de uma forma efetiva pelo direito e pelo Estado.

O direito, assim, só seria realmente vigente e efetivo quando conseguisse realizar e implementar os direitos fundamentais, garantindo-os de forma plena. Veja-se a tese do autor:

“El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de visto ético-político o externo, virtualmente orientado a sua crítica y transformación; por outra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido unicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales” (cf. FERRAJOLI, 1998, p. 884).

Para Luigi Ferrajoli, a validade intrínseca do direito, indo além de uma postura formal, estaria vinculada à realização e garantia dos direitos fundamentais num plano de conteúdo material essencial ao direito dentro de uma perspectiva ética. Observe-se:

“A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescen-

ta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo político. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico, fazendo um resgate da 'ética material dos valores' de Max Scheler. Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria válida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição" (cf. MAIA, 2000, p. 96-97).

Assim, percebe-se que o garantismo de Ferrajoli busca acoplar ao direito vínculos substanciais representados pelos direitos fundamentais que devem ser realizados e efetivos para e por todos, ressaltando a necessidade de implementação desses direitos fundamentais, amparando os mais frágeis e excluídos, construindo uma democracia substancial e não meramente formal.

Assevera e estabelece ainda Ferrajoli que formas, institutos, normas, conceitos e valores jurídicos claros podem servir para efetivar certos direitos fundamentais de imediato, devendo o Poder Público fazer atuar as regras jurídicas nesse sentido:

"Pero esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuando fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos. (...) En segundo lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) há visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. En tercer lugar, más

allá de su jusiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal interaccional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad(...)" [s.d.], p. 64).

Mesmo destacando tais teses, Ferrajoli não estabelece um conteúdo para os direitos fundamentais, ainda que dentro de sua teoria supostamente democrática tencione proteção e efetividade dos mesmos por meio do seu garantismo⁷.

Deve-se ressaltar, entretanto, que a teoria do garantismo é importante, podendo servir como base de proteção aos direitos fundamentais, dando efetividade ao conteúdo do direito, mesmo sem determinar o teor das normas consideradas de direitos fundamentais de forma objetiva e substancial.

Nesses termos, o garantismo de Ferrajoli, por possuir um teor formalista, não destaca o conteúdo dos direitos fundamentais; não contribuindo assim, *data venia*, para delimitação do conteúdo do direito nos termos em que nos propomos.

Resta evidente, pelas análises acima empreendidas, por meio das teorias de Alexy dos direitos fundamentais e de Ferrajoli do garantismo, que se tencionou sistematizar, pela primeira, com critérios de cientificidade, os caracteres de uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e, pela segunda, demonstrar a necessidade da garantia latente desses direi-

tos por meio do Estado e da sociedade para efetivação de uma democracia substancial.

Entretanto, essas teorias sistematizadas e garantistas ainda não atingiram o ideal de delimitar o conteúdo, a essência dos direitos fundamentais que merecem proteção, acabando, *data venia*, por se tornarem apenas alternativas formais para o entendimento dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, para alcançar um conteúdo do direito no plano dos direitos fundamentais, entendemos que se deve analisar a idéia da plenitude da garantia da dignidade da pessoa humana, o que se tenta delinear no item seguinte deste trabalho.

4. Por uma nova perspectiva de análise para o direito e sua Teoria Geral: a preservação da dignidade da pessoa humana⁸

O conteúdo e a delimitação de uma Teoria Geral do Direito dotada de cientificidade tem de se apoiar, como acima referido, na garantia e realização dos direitos humanos/fundamentais em toda a sua contextura, a fim de atingir as finalidades de segurança (conservação) e justiça (evolução) no seio social.

Entretanto, restou evidenciada a dificuldade de saber o teor do conteúdo dos direitos fundamentais, estando claro que ainda não se conseguiu realmente delimitar o âmbito material desses preceitos, não se podendo aferir com precisão, conseqüentemente, o conteúdo do direito enquanto fenômeno social subjacente.

Tal dificuldade se deve à enorme crise de valores por que o homem vem passando, perdendo sua perspectiva de ser ético para dar força a uma postura humana automatizada e ausente de um mais elevado conteúdo “moral-ético-espiritual-humano” nas suas relações sociais. Tal fato é bem ressaltado por Tércio Sampaio Ferraz ao analisar a obra de Hannah Arendt:

“ O último estágio de uma sociedade de operários, que é uma sociedade de detentores de empregos, re-

quer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, se deixar levar, abandonar a sua individualidade, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranqüilizante. Para o mundo jurídico, o advento da sociedade do *animal laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão, mas vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans*, criou-se a possibilidade de manipulação das estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa (...) A filosofia do *animal laborans* deste modo assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, uma enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é possível de ser normado e para uma enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um” (apud FIORATI, 1999, p. 57).

O homem, na atualidade, tem sua “condição humana” ética pouco desenvolvida dentro de um mundo comum engessado e desvalorizado. Para evitar a tirania e um novo holocausto nessa crise ética, devem-se delinear direitos humanos a merecer proteção como patrimônio simbólico do ser humano na sua busca de superação do seu modo individualista e egoísta de ser. Essa perspectiva é vista por Jete Fiorati na análise da obra de Hannah Arendt:

“Apesar do esgarçamento do mundo comum, é necessário que se tenha algum padrão mínimo a orientar a conduta individual, mesmo que seja na sociedade dos ‘homens que laboram’, uma vez que, se assim não for, partiremos para o isolamento.

Modernamente, com a perda desse mundo comum, somente as leis terminam por descrever uma conduta mínima, conduta essa que muitas vezes se antepõe aos desejos mais íntimos de cada um de nós. Ocorre que, como as leis não representam mais os desvalorizados valores da comunidade, mas sim prescrições derivadas do poder que podem mudar a qualquer hora, podemos opinar sobre sua validade a qualquer momento. Portanto, ainda temos que procurar algum critério para fundar as condutas em sociedade para evitar que elas se transformem em condutas próprias da vida na selva. Entre eles, critérios de respeito ao homem, mesmo sendo ele o *animal laborans* que deve ter seu direito à vida, à liberdade, à saúde, ao labor do qual provê a sua subsistência e alimento expressos em regras escritas ou costumeiras, regras essas que se inserem na categoria dos *Direitos do Homem*, que podem preencher a função de definir uma condição humana mínima ao homem como forma de um patrimônio simbólico fundante de um mundo esgarçado” (1999, p. 60).

Mesmo atestando-se essas dificuldades e crises de valor com lastro no pensamento de Hannah Arendt, defendo que os direitos fundamentais devem ter como conteúdo básico a preservação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade e em todos os seus níveis, construindo-se uma Teoria Geral do Direito de base protecionista à dignidade do ser humano, como sua finalidade onto-axiológica específica.

Necessário se faz realmente a criação, interpretação, aplicação, elaboração dos conceitos e desenvolvimento dos institutos jurídicos, tudo isso formando uma Teoria Geral do Direito de cunho substancial real e finalidade específica delineada na referida proteção integral da pessoa humana.

Essa renovada Teoria Geral do Direito daria uma perspectiva não apenas repro-

ductiva de valores já postos, mas também construtiva, produtora, ampliadora das conquistas sociais e normativas para preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, o comprometido com a plena realização fático-empírica e também normativo-legal do direito seria realizado tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, restabelecendo-se um pacto renovado de compromissos de preservação da dignidade da pessoa humana, diminuindo as desigualdades, reduzindo conflitos, superando a miséria em todos os seus níveis e conduzindo a uma pacificação, harmonia e também revolução social sem igual, com base em normas de conteúdo material evidente de proteção e desenvolvimento humano integral. Nesse sentido, concordamos com a lição de José Afonso da Silva, que assevera a necessidade premente da garantia da dignidade da pessoa humana:

“Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade” (1998, p. 93).

A preservação da dignidade da pessoa humana refoge ao tipo de sociedade, de ideologia, de organização político-social em que vive. É um valor humano dotado de universalidade que deve ser desenvolvido, protegido e aplicado por uma Teoria Geral do Direito comprometida com a proteção integral do ser humano. A lição de Paulo Bonavides conclui acertadamente nesse sentido que:

“(…) Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os di-

reitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua firmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...) A nova universalidade (dos direitos humanos) procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade” (1990/1991, p. 10 - 12).

Deve-se asseverar, assim, que a preservação da dignidade humana, como conteúdo do direito delineado em todos os seus termos por uma Teoria Geral renovada, denota a necessidade de participação de todos, demonstrando que, além dos direitos, há, evidentemente, deveres de todos para com todos que merecem ser respeitados, garantidos, cobrados e preservados⁹.

A sociedade, o Estado, todos vão determinar o conteúdo do direito que visará preservar a dignidade da pessoa humana em toda a sua complexidade, tornando essa proteção real, harmônica e pacífica, permeando toda a convivência social com base em ideários de inclusão social e não de exclusão, permitindo a realização normativa das leis e normas em toda sua pujança em benefício de toda a humanidade.

Deve-se observar, entretanto, que a proteção da dignidade da pessoa humana não pode atingir um conteúdo e sofrer uma interpretação que venha a restringir o próprio progresso humano e a sua evolução necessária. A proteção da dignidade da pessoa humana deve ser feita sempre em contato

com a realidade, visualizando os anseios do grupo e os interesses a serem protegidos, permitindo o delineamento científico do seu conteúdo. Esse papel de vital importância deve ser desempenhado pela Teoria Geral do Direito de forma substancial, sofrendo a influência da contextura social e humana em que o fenômeno jurídico está inserido¹⁰.

Bem destaca João Maurício Adeodato que no direito há sempre conflitos que devem ser resolvidos e a forma de resolução pode variar, tornando insubsistente argumentos que procurem delimitar verdades de cunho imodificável:

“ É certo que o direito se vai constituindo à medida que as opções conflitivas vão sendo decididas. Por isso mesmo, não é possível fixar critérios gerais que tornem determinadas alternativas preferíveis a outras porque o *direito é assim* ou assado. Daí não se poder afirmar que o direito legítimo pressupõe esta ou aquela forma de governo, este ou aquele regime econômico, embora se possam descrever os efeitos de determinada estratégia política ou econômica para obtenção de legitimação. Isso porque os argumentos jurídicos não se apresentam unicamente como silogismos mas incluem argumentos estratégicos, erísticos” (1996, p. 215).

Mesmo assim não se pode negar a busca de um conteúdo axiológico para o direito que sirva para manter, dar substantividade ao fenômeno jurídico, garantindo e protegendo o ser humano em sua integralidade na manutenção da harmonia social. João Maurício Adeodato também não dispensa tal entendimento:

“ (...) A importância existencial do conteúdo axiológico do direito, fundamental para o jurista e para o cidadão, não encontra, contudo, guarida na descrição ontológica. As duas dimensões não devem ser confundidas: de um lado a *descritiva* – cujo vetor aponta para o passado, para o efetivo

a *posteriori* -, de outro, a dimensão *constitutiva* (prescritiva) do direito, realidade *in fieri* sobre a qual posições apriorísticas e ideológicas irão influenciar, na medida em que o conteúdo do direito, também inevitável, é feito pelo homem e pela comunidade a partir dele constituída” (1996, p. 210).

Destacando que o conteúdo do direito e a base da sua Teoria Geral devem ser a proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, vem o questionamento central: o que se deve entender por dignidade da pessoa humana?

Esse é que vai ser, como acima referido, o papel da Teoria Geral do Direito, delineando e estabelecendo os contornos da dignidade da pessoa humana. Entendo como fundamental, na preservação da dignidade da pessoa humana, a realização plena da igualdade em sentido material, ou seja, a igualdade de oportunidades para que todos os seres humanos possam desenvolver suas potencialidades de forma harmônica e coerente, a partir das aptidões pessoais e afinidades.

A importância de preservação da dignidade da pessoa humana, com a garantia, conseqüentemente, dos valores associativos, conduzirá a uma grande estabilidade e harmonia social, acabando por realizar, de forma efetiva, as finalidades precípua do direito, garantindo a felicidade humana em sua integralidade. Bem assevera José Afonso da Silva:

“Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza” (1998, p. 46).

Ressalte-se, todavia, que o ser humano, em sua complexidade, em seus desejos sem-

pre renovados e cada vez mais variados/multifacetados, vai adquirindo ao longo do tempo novas necessidades, novos desejos, procurando, como sói acontecer com um ser racional, aumentar seu nível de satisfação, ampliando a exigência de mais bens, serviços e outras exigências. Bem destaca Walter Claudius Rothenburg:

“Do caráter inexaurível dos direitos fundamentais, cujo número pode sempre crescer, surge a preocupação com uma ‘inflação’ de direitos fundamentais. A rotulagem das mais diversas situações como direitos fundamentais e o fato de que a enunciação normativa de direitos fundamentais dificilmente consegue fazer-se acompanhar de garantias eficientes, acarretam um ineficácia e, por conseguinte, um desprestígio desses direitos, tendente à sua banalização. É preciso ter sempre em conta a ‘reserva do possível’, vale dizer, a capacidade real de implementação de condições de sucesso dos direitos fundamentais, sob pena de se beirar a utopia (...) Contudo, a realização efetiva dos direitos fundamentais será um inesgotável tarefa a cumprir, um constante processo da democracia, um estímulo ao envide de esforços; por mais que se avance no asseguramento dos direitos fundamentais, haverá um novo estágio a galgar, rumo à excelência. Por isso, a parcimônia e o realismo com que se devem traduzir normativamente os direitos fundamentais não deve elidir uma dimensão prospectiva nem esmorecer a contínua luta de reconhecimento de novos direitos” (2000, p. 151. Ver também FERREIRA FILHO, 1998, p. 1-10).

Nesses casos, cabe também à Teoria Geral do Direito e à ética construir um pensamento coletivo mais humanista, de bases espirituais (não moralistas) que permitam ver a humanidade como um conjunto que deve viver em paz e coerência, trabalhando

todos juntos para o progresso constante, dentro de uma visão ética elevada, afastando o consumismo e arrogância tão presentes no ser humano.

Como se atesta, pela análise acima desenvolvida, o conteúdo do direito estaria na preservação dos direitos fundamentais/humanos na perspectiva da garantia plena da dignidade da pessoa humana. A Teoria Geral do Direito, nesses termos, teria um caráter de cientificidade ao procurar, em associação com outras ciências, como a sociologia, economia, botânica, entre outras, desenvolver normas jurídicas e um ordenamento jurídico baseados em políticas públicas que visassem sem dúvida a garantir a plena realização do ser humano.

Tal perspectiva de uma Teoria Geral do Direito integral e material, para proteção dos direitos humanos/fundamentais por meio da garantia da dignidade da pessoa humana, não é uma utopia no sentido pejorativo. Mas, sim uma utopia enquanto forma nova e futura de pensar e realizar o direito numa órbita de maior humanidade (humanismo); sendo, pois, uma utopia concreta que se implantará na realidade. A observação de Daniela Samaniego é clara e correta neste sentido:

“O pensamento utópico funciona como uma espécie de libertação das amarras que prendem o Direito aos aspectos legais. Através da utopia, busca-se não o que diz a letra da lei, mas, sobretudo, o que é justo. E lei e justiça não são palavras sinônimas, muito menos Direito e Lei. Essa distinção é proveniente, justamente, do pensamento utópico, que desvinculou o Direito da lei, proclamando que antes de tudo o Direito é justiça! Através do Direito, conforme o pensamento utópico, busca-se uma sociedade mais justa, fraterna, igualitária, onde os direitos das chamadas minorias (como as mulheres, os negros e os homossexuais, por exemplo) serão respeitados, um direito escrito pelo povo e em res-

peito, essencialmente, à dignidade da pessoa humana! (...) Podemos dizer, dessa forma, que a função da utopia é a de provocar um movimento social, em busca de um novo Direito, um ‘Direito Justo’, livre de amarras pré estabelecidas; um direito que busca a igualdade entre os povos, a fraternidade e, acima de tudo, a paz social; um direito que renasce a cada dia, de acordo com as novas aspirações humanas, porque o homem é um ser dinâmico, de forma que, se o direito é criado exclusivamente em prol do ser humano, não poder ser estático, pois isso acarretaria uma contradição” (2001, on-line).

Aqui, a Teoria Geral do Direito ganharia em substantividade, e o direito se construiria não com base em teses formais ou materiais de cunho parcial, mas sim com o objetivo e finalidade precípua de proteção do homem em sua contextura global, que deve ser seu objetivo essencial.

Missão complexa de uma Teoria Geral do Direito renovada, sendo uma utopia concreta e realizável, que exige o comprometimento de toda a contextura social, mas que pode conduzir à elaboração de um conteúdo do direito a ser implantado em benefício de todos os seres humanos e não de apenas uma minoria.

Parte-se, agora, para a tentativa da aplicação dessa renovada Teoria Geral do Direito proposta, fazendo certas digressões sobre sua aplicação prática e chegando ao final às conclusões do presente trabalho.

5. A aplicação da perspectiva de uma Teoria Geral do Direito para preservação da dignidade da pessoa humana: uma visão concreta

Note-se que o ser humano desenvolveu, ao longo de sua história, um alto grau de domínio no campo das ciências ditas naturais. Ou seja, enorme foi o desenvolvimento da física, química, matemática, construíram-

se submarinos, aviões, foguetes, tornou-se possível clonar seres vivos, foram descobertos remédios poderosos para combater doenças antes ditas incuráveis.

Inobstante todo esse progresso técnico-científico, o homem não evoluiu tanto no aspecto humanístico, em especial na esfera da ética e no plano espiritual. Mesmo que se considere que não tem fundamento tal opinião, deve-se asseverar que o homem ainda tem em seu ser muito do egoísmo primitivo, não sendo, muitas vezes, guiado por um padrão mental de harmonia social mais elevado¹.

Nesse ponto é que reside a dificuldade de aplicação de uma Teoria Geral do Direito renovada com base em conteúdos de valor que buscam preservar a dignidade da pessoa humana. Isso porque essa preservação da dignidade humana exige sacrifícios de todos, participação do grupo que tem de possuir um espírito de solidariedade e estar imbuído de um interesse comum de implantação da igualdade material entre todos.

Tal perspectiva vai contra toda uma postura humana retratada ao longo da história, que é marcada muito mais por valores desassociativos do que de associação numa perspectiva sociológica.

O desafio acaba por residir em realizar essa exata superação, conseguindo tornar o homem tão evoluído espiritual e eticamente, quanto conseguiu progredir no plano técnico-científico em sentido estrito.

É necessária a formalização de um “novo pacto social” continuamente renovado, que aceite as diferenças dentro de uma sociedade pluralista e proteja com efetividade a dignidade da pessoa humana. Esta é a lição de Celso Lafer:

“Um Estado que se sobrepõe a uma sociedade pluralista pode sobreviver somente sob a condição de que o pacto social seja continuamente renovado e legitimado. É por isto que, por exemplo, a renovação dos contratos coletivos de trabalho é um momento dramático na vida de um Estado in-

dustrial moderno. É também por essa razão que o acordo dos partidos, em regimes pluripartidários, tanto no parlamentarismo quanto no presidencialismo, é igualmente algo decisivo para a sobrevivência do Estado e para a sua governabilidade” (LAFER, 1998, p. 72-73).

O direito e sua Teoria Geral têm, então, esse papel de auxiliar na transformação e no estabelecimento desse “novo pacto social”, ao incluir nas leis, normas, regras, preceitos e princípios normativos a idéia de implantação e garantia permanente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o comprometimento para com a proteção da dignidade da pessoa humana tem de partir de toda a coletividade, não se aguardando a mera iniciativa estatal. A criação e o desenvolvimento de uma Teoria Geral do Direito substancial é algo que deve engrandecer a própria essência humana, em especial no seu plano espiritual. A efetivação dessa garantia da própria realização humana é feita com base na atuação comum de todo o grupo.

Nesse aspecto, o legislador deve estar comprometido com a elaboração de leis que protejam e garantam, em máximo grau, a efetividade da dignidade da pessoa humana com base nos anseios coletivos e nas possibilidades concretas de cada grupo, difundindo, por meio das normas jurídicas, o valor e a necessidade da preservação dessa dignidade humana.

Já os governantes devem guiar suas políticas públicas para o campo social, preservando os direitos fundamentais em seu grau máximo e delineando a proteção aos mais débeis como o projeto político fundamental a ser realizado. Esse tipo de política pública de cunho social é emancipadora, diminuindo problemas ligados à saúde pública, à falta de emprego, à violência (segurança pública), porque conduz à redução da miséria, imprimindo uma visão nova da atuação governamental.

Os juízes, por seu turno, no seu labor diário de solução dos conflitos concretos que se lhes apresentam para solução, devem considerar aspectos de hermenêutica jurídica que garantam plenamente a dignidade da pessoa humana, superando interpretações reducionistas e acomodadas de um direito oficial muitas vezes desatualizado no tempo e protetor, na realidade, somente de minorias privilegiadas.

Luigi Ferrajoli bem ressalta que o Estado e os juízes têm responsabilidade com a garantia dos direitos fundamentais. Assevera nesse sentido o autor:

“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría (...)” ([s.d.], p. 26).

Já os juristas, em sentido amplo: grandes jurisconsultos, operadores do direito de diversos níveis, estudiosos e estudantes do direito, têm o compromisso de desenvolver uma teoria jurídica (Teoria Geral do Direito) subsistente que construa institutos, conceitos, definições, sistemas que preservem e garantam, com base em uma efetividade real, os direitos fundamentais, protegendo plenamente a dignidade da pessoa humana.

A criação de uma Teoria Geral do Direito comprometida com a preservação da dignidade da pessoa humana de forma efetiva demanda, também, a formação de um novo tipo de jurista e operador do direito, muito mais voltado para o delineamento de um direito comprometido com o homem, baseado em valores éticos, espirituais e humanísticos (humanitários) elevados, que se preo-

cupe com a solução das crises postas, objetivando a criação de contexto humano de estabilidade e justiça social. Claras as palavras de Fábio Konder Comparato nesse sentido:

“Na direta linha dessa revolução prospectiva, o papel que incumbe aos juristas não é, apenas, a melhor compreensão do direito vigente, no preciso sentido etimológico do adjetivo, isto é, do direito que existe como componente vivo da realidade social, mas também a produção das instituições jurídicas do futuro, aptas a harmonizar o comportamento humano em meio à radical mudança de valores, a que acima me referi. A maior parte dos institutos jurídicos que herdamos, desde o patrimônio original romano, foram, com efeito, criados no âmbito de uma civilização agrária e não-democrática, anteriores portanto às revoluções industrial e política do século XVIII. (...) Ora, essa suprema razão justificativa do comportamento humano é e continua sendo a dignidade transcendental do homem, acima das variações históricas de valores. Os avanços técnico-científicos no tratamento da vida e na manipulação da genética humana, a que fiz referência no início, não nos devem fazer olvidar que a definição da pessoa humana não é meramente biológica, mas sim cultural. Como bem assinalou Kant, nos Fundamentos de uma Metafísica dos Costumes, o homem é o único ser que vive como um fim em si mesmo e não como meio para uso de uma outra vontade. Aí está o primeiro princípio de toda ética e de todo direito” (1995, p. 282-283).

Conclui o autor referido falando sobre a ética e a necessidade de valorização do ser humano como compromissos dos juristas, operadores do direito e governantes. Veja-se:

“Na verdade, a grande crise de valores deste final de século só encontrará solução quando os governantes

passarem a guiar a sua competência técnica pelo valor da justiça social, que representa a objetivação do amor comunitário. Não é ocioso, de resto, lembrar que a solidariedade – o valor que inspirou a última geração dos direitos humanos, no decorrer deste século – foi corretamente denominada fraternidade pelos revolucionários de 1789. (...) Mas, obviamente, essa sintonia com os grandes valores sociais supõe, de parte dos que nos governam, uma dupla sensibilidade ética. De um lado, a compreensão dos limites essenciais da condição humana, na firme rejeição daquela *hubris*, ou ausência de medida, que a sabedoria grega sempre considerou como a matriz da tragédia. De outro lado, um sentimento de compaixão universal, a simpatia na exata acepção etimológica da palavra, ou seja, a capacidade de sofrer com os fracos, os pobres e os humilhados do mundo inteiro. (...) É somente assim que os juristas contemporâneos, resgatando afinal todas as fraquezas e prevaricações passadas, poderão ser tidos e louvados como servidores da humanidade” (1995, p. 283).

Além desse comprometimento dos juristas com uma nova Teoria Geral do Direito, o povo em geral deve ser educado para desempenhar efetivamente sua cidadania, cobrando do Estado, mas também realizando e colaborando de forma cabal para que os direitos fundamentais sejam respeitados e realizados em toda a sua textura para a garantia da dignidade de todos os seres humanos.

Essa tese de participação popular no direito deve ir além do mero direito de votar e ser votado. A cidadania tem de ser construída para preservação da dignidade da pessoa humana, participando o povo da interpretação das normas jurídicas e de sua aplicação/proteção dentro de uma sociedade aberta e democrática.

Peter Häberle, constitucionalista alemão, é defensor dessa participação da comuni-

dade na interpretação da Constituição, já que o povo, segundo o autor, é o verdadeiro intérprete da vontade da nação, sendo tal ampliação dos intérpretes da Constituição a base da democracia. Veja-se a lição de Häberle:

“A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes no sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes do seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)” (1997, p. 30).

Note-se que o comprometimento do povo para preservação do direito, e o seu respeito às normas postas, deve ser imbuído nessa novel perspectiva como um valor próprio da coletividade, utilizando-se, muito além da aplicação de supostas sanções formais por descumprimento de normas, a tese da persuasão para que toda coletividade acredite na necessidade evidente e substancial da proteção da pessoa humana em sua integralidade. Celso Lafer bem destaca:

“(...) A sanção, no entanto, não é o único argumento para a observância

da norma, pois o destinatário a cumprirá com mais efetividade se acreditar que ela é boa, justa e oportuna. É isto que explica, em matéria de Direito, a relevância de não limitar a análise da linguagem à semântica de validade ou invalidade das prescrições em função das normas formais de reconhecimento do *quid sit juris*, mas nela incluir, através da pragmática, a dimensão da persuasão, que abrange a justificação da observância da norma” (1998, p. 60).

Realmente, a efetividade do direito só existirá quando os seus valores estiverem incrustados na base ético-axiológica do ser humano e na consciência cabal da importância e necessidade de sua proteção.

Destaca-se ainda que, além da interpretação e vivência do direito, o povo tem o compromisso de defender o direito e a dignidade humana, seja por meio de movimentos populares, da atuação da sociedade civil organizada, fazendo pressão e desenvolvendo materialmente a cidadania, podendo até mesmo – dentro de um contexto renovado – insurgir-se contra a ordem vigente por meio do uso do direito à resistência e à revolução contra opressões¹².

O direito e sua Teoria Geral devem, assim, aproximar-se do povo, sendo conhecido do povo e servindo para proteção efetiva desse povo. O povo deve ser o intérprete maior das normas, devendo os juízes e governantes externarem os anseios populares com base numa filtragem ética do conteúdo dos anseios externados com base nessa Teoria Geral do Direito renovada e delineada em um novo compromisso estabelecido entre todos os atores sociais (pacto social), rumo a uma plena proteção da dignidade da pessoa humana.

6. Conclusão

A construção dessa Teoria Geral do Direito mais humana e menos formal, mais ligada à realidade de um conteúdo pragmáti-

co/concreto que é a proteção e realização integral da dignidade humana, é o futuro do direito, devendo ser criada com base em laços fortes de ética social, com a redefinição do pacto social almejado dentro de cada Estado Democrático de Direito e também dentro da nova órbita internacional que ora se vislumbra com muita força, tornando os problemas dos seres humanos problemas universais, que merecem solução.

Reprise-se que efetivar um conteúdo para o direito baseado na preservação da dignidade da pessoa humana, fugindo às teses formalistas e materialistas de cunho reductionista, não é algo utópico no sentido pejorativo, precisando apenas os doutrinadores do direito recriarem seus pensamentos/teorias, refletindo sobre o direito, sua finalidade, seus objetivos e sua razão de ser, destacando o que é, o que deve ser e para que serve o direito.

Os problemas ontológicos, axiológicos e epistemológicos, em especial na esfera hermenêutica e de aplicação do direito, devem permitir o resgate de uma perspectiva de solução ética, dando conteúdo ao direito. Isso porque é reconhecido, principalmente em relação à hermenêutica, em função de que hoje, mais do que nunca, compreender deixa de aparecer como um simples modo de conhecer para tornar-se uma maneira de ser e de relacionar-se com os seres e com o ser e, ainda, em decorrência da categoria crítica da dialética da participação. As questões éticas são demandadas por parte do intérprete e aplicador do direito, que deve assumir uma postura axiológica determinada para a construção, proteção e preservação da dignidade da pessoa humana, como conteúdo precípua (cf. SCHIER, 1997, p. 38 – 59).

A formação do profissional do direito para atender e compreender essa Teoria Geral do Direito renovada deve ser multidisciplinar, buscando observar o ser humano em toda sua complexidade e crises dentro de uma perspectiva integral de proteção à dignidade humana nos âmbitos psicológicos, sociológicos, afetivos, etc. Bem clara é

a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho nesse sentido:

“Este (a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais), com efeito, se estende desde as considerações sobre a natureza humana até as minudências da técnica jurídica. Envolve, por isso, a necessidade de um tratamento interdisciplinar. Justifica até que o tema seja objeto nos cursos jurídicos de uma disciplina à parte. E nesse sentido até um argumento ‘político’ se pode invocar: trata-se do valor cívico-educativo da matéria que está no cerne da tradição da democracia de derivação liberal” (1996, p. 9-10).

A luta por esse direito renovado, que se apóie na dignidade da pessoa humana, é uma luta do homem, da sociedade, do Estado, de todos os seres humanos. E só com a luta no plano das idéias e fático – sem almejar violência – mas com o objetivo de quebrar preconceitos e arcaísmos é que se conseguirá criar uma sociedade mais fraterna e um direito “justo” para a plena proteção da dignidade da pessoa humana. A perspectiva de Rudolf Von Ihering é esta:

“Sem luta não há direito, como sem trabalho não há propriedade.(...) À máxima: ganharás o pão com o suor do teu rosto, corresponde com tanta mais verdade estoutro: só na luta encontrarás o teu direito. (...) Desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio, porque bem se lhe podem aplicar estas palavras do poeta:

“Tal é a conclusão aceite atualmente: Só deve merecer a liberdade e a vida ... Quem para as conservar luta constantemente” (1995, p. 87- 88).

Nessa esteia, espera-se ao final deste trabalho ter externado a necessidade de uma reflexão crítica quanto ao direito, rumo à preservação da dignidade da pessoa humana, extraindo-se que a preservação dessa dignidade do ser humano é o valor maior que merece garantia, sendo o próprio con-

teúdo, a própria razão de ser e de existir do direito nesse novo milênio, enquanto ordem ética de cunho conservativo e transformador no sentido de diminuição contínua das desigualdades materiais e formais existentes.

Que venham então os novos doutrinadores para construir uma Teoria Geral do Direito substancial, utilizando-se de critérios científicos multidisciplinares, entendendo e respeitando o homem em toda a sua complexidade, sem reducionismos, asseverando a necessidade concreta de preservação e realização da finalidade última do direito que é preservar a dignidade de todos de uma forma integral e materialmente plena.

Que os conceitos jurídicos tradicionais sejam remodelados; que se estabeleça um novo pacto social; que o direito seja garante e motivador de mais inclusões sociais, rumo ao fim da miséria; que a Teoria Geral do Direito torne as normas jurídicas populares e de conhecimento de todos que devem lutar pela sua garantia e preservação; que o Estado, a comunidade e todos os homens, mulheres e crianças (*seres humanos*) consigam ver no direito uma fonte de proteção, garantia e paz para suas expectativas e de realização de suas necessidades e da sua própria felicidade de uma forma efetiva e real com sustentáculo numa ética social da tolerância, da aceitação, da harmonia e da solidariedade. Oxalá o espírito e a vontade humana permitam a criação desse direito renovado e dessa Teoria Geral do Direito de cunho substancial tão almejada...

Notas

¹ Sobre o direito moderno em uma perspectiva crítica da dogmática jurídica, ver João Maurício Adeodato (1997, p. 255-274).

² Kelsen não exclui a possibilidade do estudo da justiça e dos valores no direito, asseverando apenas que tal análise é feita por outras ciências que existem para tanto. Veja-se: “O Direito pode ser objetivo de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com

a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito. Dizer que não pode existir uma teoria pura do Direito, porque uma análise estrutural do Direito restrita ao problema específico não é suficiente para uma compreensão completa do Direito, equívale a dizer que uma ciência da lógica não pode existir porque uma compreensão completa do fenômeno psíquico do pensamento não é possível sem a psicologia, 1998, p. 291-292).

³ (cf. SOUTO, 1992, p. 90). Ainda, Cláudio e Solange Souto asseveram que só uma interação social positiva entre os seres humanos é que viabilizaria um direito real: “Assim, o tipo ideal de um macrossistema social de maior abrangência, no sentido da favorabilidade ao direito, seria aquele em que houvesse um máximo de semelhança objetiva e subjetiva entre todos os seus interagentes e em que fossem todos esses interagentes socializados na idéia da semelhança essencial entre todos os homens. Desse modo, o sistema macrogrupal apresentaria o máximo de estabilidade e de abertura à mudança em seu equilíbrio” (SOUTO; 1981, p. 133).

⁴ Também, sobre a importância do pensamento tópico para o direito, veja-se a lição de Paulo Bonavides: “A tópica é o tronco de uma grande árvore que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à práxis e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional. Nesse ponto, já se pode dizer que a tópica ultrapassa, a um tempo, o sociologismo no Direito, o formalismo normativista e o jusnaturalismo, bem como a concepção sistêmica e dedutivista, de cunho meramente formal, com antecedências clássicas no pantectismo e na jurisprudência dos conceitos” (1993, p. 454-456).

⁵ Sobre a renovação da análise da experiência jurídico-social como fenômeno do direito, ver Miguel Reale (1992).

⁶ Entre as obras de Alexy, pode-se destacar: *Derecho y razón práctica, Teoría de los derechos fundamentales*. Entre os artigos/palestras proferidos no Brasil, veja-se: Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático e Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional na *Revista de Direito Administrativo*.

⁷ Inobstante falar tanto em democracia substancial, não discrimina os valores fundamentais a serem resguardados e garantidos de forma posi-

va. Nesse sentido, a crítica de Alexandre da Maia: “Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Prof. Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem os colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos? Logo, cada um, a seu bel-prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli. (...) Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social” (2000, p. 99).

⁸ Sobre uma análise histórica do conteúdo do valor dignidade da pessoa humana, ver João Baptista Herkenhoff (1994, p. 137-141).

⁹ Nesse sentido, a lição de Eduardo Silva Costa: “Deveres, a Constituição os explicita e impõe na direção regular certa, para tornar o destinatário deles o seu sujeito passivo. Esse destinatário de deveres é o Poder Político individualizado no Estado, a expressão principal da potestade política. A par dele, ou, se se preferir, no próximo dele, posto que com carga bem menor de deveres, o Poder econômico. Poder-se-ia mencionar ainda o Poder da sociedade, mas esse, de certo modo, é intangível, não se corporifica tão forte como as espécies anteriormente referidas” (1999, p. 52).

¹⁰ Interessante ver, por exemplo, a lição de Robert Alexy, que afirma poderem os direitos fundamentais adquirir um caráter antidemocrático, já que, de certa forma, restringem a liberdade de atuação do homem: “Direitos fundamentais são democráticos, por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com outras liberdades políticas, asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação do legislador, eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser boservado: a oposição perde primeiro no processo

democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional”.

¹¹ Tal fato pode ser atestado nas obras de Hannah Arendt, quando teoriza sobre o ser humano em sua complexidade e diversidade, para tanto ver: Hannah Arendt (1987). Ver também João Maurício Leitão Adeodato (1989) e Celso Lafer (1998).

¹² Sobre a questão desobediência civil, o direito à resistência e à revolução, ver Maria Garcia (1994).

Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência: através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Modernidade e direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.2, n. 6, p. 255-274, out. dez. 1997.
- _____. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 67-77, jul./set. 1999.
- _____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- _____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamar, 2. ed. 1998.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. São Paulo: Universitária, 1987
- BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. *Nomos*, Fortaleza, v. 9-10, n. 1-2, p. 1-13, jan./dez. 1990-1991.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. Papel do jurista num mundo em crise de valores. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 713, p. 277-283, mar. 1995.
- COSTA, Eduardo Silva. Os deveres e a constituição. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 7, n. 29, p. 48-65, out. dez. 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FANTONI JÚNIOR, Neyton. Segurança jurídica e interpretação constitucional. *Revista Jurídica*, ano 45, n. 238, p. 13-22, ago. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, [s.d].
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 1-10, jan./mar. 1996.
- FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142, p. 53-64, abr./jun. 1999.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 713, p. 45-52, mar. 1995.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- IHHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994, v.1.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1992. (Primeiros Passos).
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano, 7, n. 28, p. 107-127, jul./set., 1999.
- PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Valores em conflito na constituição. *Revista do Advogado, Associação dos advogados de São Paulo*, n. 53, p. 65-84, out. 1998.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.
- SALDANHA, Nelson. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileiras. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 4, p. 71-82, jan./dez. 1988.
- _____. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativa, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SAMANIEGO, Daniela Paes Moreira. *Direitos humanos como utopia*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/dhutopi.html>. Acesso em: 10 fev. 2001.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 741, p. 38-59, jul. 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: livros Técnicos e Científicos, 1981.