

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

MARCIEL LEAL SEVERO

A ANOMIA E O ESTADO DE DIREITO

ERECHIM- RS

2018

MARCIEL LEAL SEVERO

A ANOMIA NO ESTADO DE DIREITO

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito
parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito,
Departamento de Ciências Sociais
e Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – Campus
de Erechim.**

**Orientadora: Profª Mestra Viviane
Bortolini Giacomazzi**

ERECHIM– RS

2018

MARCIEL LEAL SEVERO

A ANOMIA NO ESTADO DE DIREITO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Departamento de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim.

Erechim– RS, __de _____de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Ma. Viviane Bortolini Giacomazzi
URI – Campus de Erechim

Prof. avaliador
URI – Campus de Erechim

Prof. avaliador
URI – Campus de Erechim

AGRADECIMENTOS

Agradeço, imensamente, a minha mãe Ivone Leal Severo (1929-2016), professora, escritora, poeta, teóloga que sempre me incentivou a ingressar no Curso de Direito com um entusiasmo e persistência. Apesar de não estar mais presente, fisicamente, dedico a ela, de alma e coração, a minha formação pessoal e acadêmica.

Agradeço ao corpo docente da URI Campos de Erechim- Curso de Direito por toda a dedicação e paciência ao longo dessa jornada.

Agradeço a minha família, em especial a minha filha Êmile Zanella Severo e a Fernando Menegat, pela compreensão e companheirismo na busca pela minha formação.

RESUMO

Originalmente do presente trabalho fez-se um estudo da formação das normas, com seus requisitos e aspectos formais para a sua validade. A *posteriori*, a desconstrução dos aspectos intrínsecos e extrínsecos das leis sobre um prisma das falhas quando na sua elaboração e execução, culminando na demonstração de casos jurídicos e fáticos de onde pode se desprender tanto a divergência na interpretação das normas quanto à existência da anomia na sua efetivação. Nesse contexto, objetivando analisar o surgimento da dicotomia existente entre o Estado de Direito que, pressupostamente, se tem no Brasil e o estado da não efetivação das normas que se vive efetivamente, o primeiro capítulo contextualiza a evolução histórica que ensejou na formação do Estado de Direito e a instituição empírica deste nas práticas sociais. No segundo capítulo verificaram-se as Obras referentes à Filosofia do Direito, a Psicologia Jurídica, a Ciência Política dando ênfase no caráter epistemológico do conhecimento humano que originou as falhas do atual Estado de Direito. No terceiro capítulo procurou-se constatar a ausência da efetivação das leis tanto pelas Instituições Governamentais quanto pelos cidadãos trazendo atos e fatos que demonstram empiricamente a incongruência fática entre o Estado de Direito e a estática anomia vigente. Utilizou-se a metodologia analítica e a técnica de pesquisa bibliográfica, métodos esses pertinentes à compreensão do tema.

Palavras-chave: Anomia, Estado de Direito.

ABSTRACT

Originally the present work made a study of the formation of standards, with their requirements and formal aspects for their validity. A posteriori, the deconstruction of the intrinsic and extrinsic aspects of the laws on a prism of failures when in its elaboration and execution, culminating in the demonstration of legal and factual cases from which can be detached both the divergence in the interpretation of norms and the existence of the anomie in the its effectiveness. In this context, in order to analyze the emergence of the existing dichotomy between the rule of law and the state of not effectively enforcing the norms actually lived, the first chapter contextualizes the historical evolution that led to the formation of the State of Law and its empirical institution in social practices. In the second chapter the works related to the Philosophy of Law, Legal Psychology and Political Science were emphasized in the epistemological character of the human knowledge that originated the flaws of the current Rule of Law. In the third chapter we tried to verify the absence of the enforcement of laws both by Government Institutions and by citizens bringing acts and facts that empirically demonstrate the factual incongruity between the Rule of Law and the static anomia in force. The analytical methodology and the bibliographic research technique were used, which are pertinent to the understanding of the subject.

Key words: Anomia, Rule of Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DAS LEIS E DO ESTADO DE DIREITO E A INSTITUIÇÃO EMPÍRICA DO ESTADO DE ANOMIA NAS PRÁTICAS SOCIAIS.	12
3. CARÁTER EPISTEMOLÓGICO DO CONHECIMENTO HUMANO QUE ORIGINOU AS FALHAS DO ATUAL ESTADO DE DIREITO.....	29
4. ATOS E FATOS QUE SINALIZAM A DICOTOMIA NA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E SUA NÃO EFETIVIDADE	36
5. CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS.....	43

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa monográfica tem como objetivo analisar a dicotomia existente entre o Estado de Direito e o Estado da não efetivação das normas. O problema do estudo se estabelece a partir da Anomia do Estado de Direito. Na busca por respostas este trabalho propõe trazer a origem de como surgiram as normas. Alguns pontos controvertidos desde a origem, quando as normas começaram a se tornar obrigatórias, e que viciam o arcabouço normativo dando ensejo às problemáticas atuais, tanto no campo da execução das normas quanto na sua interpretação.

Através da metodologia bibliografia o primeiro capítulo expõe a forma com que surgiram as normas. Ulteriormente ao nascimento do Contrato Social, tinha-se como normas, inclusive as consuetudinárias, às derivadas da Luz Divina, normas que, apesar de conterem um poder sancionador necessário implícito, este não se efetivou pela não efetividade das sanções, dando, por isso, ensejo ao surgimento a uma nova forma de inspiração legislativa, a Luz da Razão que passaria a ser delimitada pelo poder do Soberano. Neste meio e a partir de uma necessidade de controle social surgiram os contratualistas. Thomas Hobbes com a convicção de que o homem era o lobo de si mesmo e por isso o convívio social, sem regramento, desencadearia uma guerra de todos contra todos, admitia que somente um contrato de grande monta pudesse civilizá-lo. Hobbes depositava no Estado toda a esperança na organização e progresso de uma sociedade. Rousseau, o segundo contratualista, trouxe ao contrato social a inovação necessária, ao vislumbrar que se os princípios do Direito Natural, jusnaturalismo, tais como o direito à vida e a dignidade humana fossem explícitos no Contrato Social, então os cidadãos estariam sendo autotutelados, haja vista que o Estado, que tem o poder de tutelar, seguiria, para tanto, regras com conteúdo de direitos representativos dos próprios anseios principiológicos dos cívicos. Locke, o terceiro contratualista, adepto da Escola Clássica do Direito Natural, enfatizava que os homens são sociáveis por natureza e que os fatos sociais deveriam, necessariamente, ser útil à comunidade. Colaborou, com o surgimento das

Normas no sentido de que essas deveriam proteger as posses, riquezas e propriedade como ainda a liberdade e vigor corporal dos homens, delimitando, pelo contrato social, o poder do príncipe.

A anomia, observada por Emile Durkheim e abordada no segundo capítulo, inicialmente surgiu pela observação do fato de os trabalhadores, que ficavam a maior parte do tempo exercendo suas funções junto às fábricas, ficavam alheios à observância das normas sociais, regendo suas vidas apenas como o cumprimento da regulamentação interna do trabalho, provocando tanto uma alienação ao mundo externo, quanto ao desconhecimento do objetivo de se cumprir as normas de convívio social. Essa divisão do trabalho proporciona, também, os estados solidários, onde, a empresa, junto a seus fornecedores firmam contratos contínuos e necessários à manutenção do trabalho, criando uma interdependência funcional e dinâmica. Desses contratos volitivos firmados entre esses estados solidários acabam por serem as únicas observâncias dos trabalhadores, haja vista, que os resultados mediatos dessas relações se tornaram primordial, não só para o sustento dos trabalhadores, mas para seu convívio social, que tem como requisito de aceitação a classificação dos indivíduos segundo sua capacidade laboral.

Durkheim, observou que esses hábitos funcionais tinham a tendência de provocam o chamado Poder Revogador. Esse que revoga a norma tacitamente era oriundo do que chamou de Costume Negativo, que se caracteriza quando um grupo não aplica o que é tipificado na hipótese normativa. O costume negativo, portanto, que acaba por revogar a norma pela sua não observância.

Do terceiro capítulos, alguns aspectos são importantes. Reale salienta o chamado Duplo Estado onde, de um lado há uma administração direta deficitária e de outro a administração indireta plenamente desenvolvida e que em muitos casos acaba por não cumprir as próprias normas do Estado. Comum é vermos grandes escândalos econômicos envolvendo o Estado descumprido seu próprio regramento. Adeobaldo traz uma observação interessante quando da formação do Estado. Inicialmente a anatomia do corpo humano foi necessária para delimitar a atividade estatal. Assim como o corpo possui órgão e membros, o Estado se dividiu dessa forma para poder estar presente territorialmente mais com efetividade. Ocorre que os vícios de personalidade, do ser humano, foram trazidos à esfera estatal, tais como a

cultura da boa vizinhança, a troca de favores, o culto à família e o corporativismo, vícios pertinentes ao homem, que se sobressaem à neutralidade do Estado. Agamben, sociólogo italiano, ressalta a reprivatização do Estado de Exceção. Em inúmeras decisões jurídicas e em atos administrativos nota-se uma postura arbitrária e de efeito direcionado a retirar direitos a determinados fatos jurídicos, tudo em nome da tutela Estatal. As pessoas estão vulneráveis ao Estado que controla até mesmo seus mais simples hábitos. A população está desprovida da assistência estatal que se abstém de prover, o que se compromete para tanto, e em contra partida invade a privacidade em nome da segurança de bem comum. Outro ponto a ser observado é o trazido pelo constitucionalista Sarmiento que chama a atenção para o conflito de interpretação vigente entre o Judiciário e o Legislativo, pondo em cheque a harmonia do chamado Pesos e Contrapesos. No Judiciário, vários votos são fundamentados de forma diversa a seus pares, dando uma incerteza na modulação dos efeitos e pondo dúvidas em relação à segurança jurídica. Essa postura remonta os tempos da cisma religiosa, onde Lutero preconizou que a validade da interpretação dos preceitos bíblicos poderia ser de forma individualizada, não necessitando de um único intérprete, o padre, dando ao mesmo dogma interpretação diversa, causando, pela diversidade de interpretação, uma falta de conhecimento de qual maneira proceder para a tornada de decisões eficazes aos preceitos religiosos. Isso acontece no ordenamento jurídico, quando o colegiado decide, não unanimemente, com os fundamentos divergentes completamente antagônicos. A insegurança permeia, quando não se tem certeza de como devemos agir, principalmente no campo jurídico.

A pesquisa, também, aborda a forma filosófica e sociológica que ensejou na criação do Estado de Direito, que é oriundo da evolução do Estado Social, mais conhecido como o Estado de Bem-Estar social que derivou do Estado Liberal, mais conhecido como o Estado Absenteísta onde os Governantes concediam todos e quaisquer tipos de direitos solicitados, porém, abstendo-se de provê-los. A época, como nos dias atuais, os cidadãos eram titulares de inúmeros direitos, porém, estes não eram efetivamente concretizados. Com o Estado Social, sim, o cidadão começou a visualizar, no plano material, a aplicação dos impostos. Teve-se o que constatamos nos países europeus

como: a infraestrutura das estradas, educação de ponta, saneamento adequado, a saúde eficiente. O Estado Social foi concretizado, efetivou-se, disso originaram os países de primeiro mundo, pois tiveram a base social consolidada.

O que se tem é que o Brasil não está num Estado de Direito, pois, as leis, apesar de existirem, não são eficazes. A sociedade e o próprio Governo não as reconhecem nas suas condutas tendo, o Judiciário, que judicializar essas como um verdadeiro interventor.

2. Evolução histórica da formação das leis e do Estado de Direito e a instituição empírica do estado de anomia nas práticas sociais.

Imprescindível, ao analisar o surgimento do Estado de Direito, é começar por analisar a origem-conceito que fez surgir à tutela social. Na visão de Nader (1995), “Enquanto a investigação epistemológica se converge para o Direito em sua forma pura e é do interesse restrito dos juristas e filósofos do Direito, a perspectiva axiológica, que se concentra em torno do Direito como regulamentação concreta de fatos sociais, no propósito de ajudá-lo à natureza positiva das coisas, é matéria de interesse também do homem simples do povo, na qualidade de destinatário do Direito Positivo e como ente capaz de se posicionar valorativamente”.

No mesmo sentido, no que tange aos métodos de busca para com a verdade, tem-se.

Na análise do método não se deve identificá-lo como revelação da verdade, isto porque nem sempre visa à busca do saber. O que se dispõem sempre é indicar sempre o caminho mais adequado para a obtenção de resultados positivos. Em relação à pesquisa do conhecimento, o método se coloca em função da verdade, mas, ainda assim a correlação não absoluta, pois, ao admiti-la, o método não cumpriria sua finalidade, uma vez que a Ciência e a Filosofia, frequentemente, na impossibilidade de atingirem a verdade, contemplam-se com a conjectura. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 16 apud Reale, Miguel, Verdade e conjectura, 1ª Ed. Editora Nova Fronteira, São Paulo, 1983, p.35.).

A busca da “verdade social” tão importante para nortear os desígnios de uma Nação, em seu Discurso do Método, René Descartes divulga os preceitos que adotava em suas investigações científicas:

A primeira era de jamais adotar alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal..., o segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quanto possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-la; o terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 132 apud Descartes, René.

Discurso e Método, 1ª Ed., Editora Abril Cultural, São Paulo, 1973, ps. 45/46.).

A Filosofia do Direito preconizou um dos métodos que até hoje temos no que se refere à análise e leitura de uma norma, que é o método indutivo. Nardel (1995) relata; “Método indutivo corresponde à atividade mental que parte de um suposto racional- regra ou princípio geral- e, seguindo o critério de coerência extraem consequências, princípios específicos.” O que se tem com isso é uma orientação lógica imprescindível à interpretação da norma.

Sobre esse método, temos;

Se afirmarmos que a liberdade é um bem do homem, por inferência, extensão lógica, devemos reconhecer que a ele deve ser garantido o poder de ir e vir, de manifestar o seu pensamento. Estes são princípios mais específicos, revelados dedutivamente de m princípio geral. Entre o suposto racional e a consequência, mais do que uma relação, deve haver um nexu de subordinação e dependência, em razão do qual os princípios deduzidos apresentam o mesmo grau de virtudes e de defeitos que a máxima geral. A importância da consequência decorre não apenas da coerência que deve haver entre os dois termos, mas também do valor do suposto. Assim, se a regra for ma conjectura, a conclusão derivada somente terá valor conjectural. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 16.).

Como temos hoje na tipificação hipotética da norma *se então* expressa didaticamente no Código de Processo Penal “se matar, então punição” é oriundo do método de dedutivo, o chamado silogismo. Como expressa Nader (1995), o silogismo é uma das formas de manifestação do método dedutivo e a mais típica. Para melhor entendermos:

O raciocínio se articula a partir da chamada *premissa maior* formada por um juízo tomado como verdade. A *premissa menor* é uma assertiva e a *conclusão* consiste na extensão, ao dado formulado na premissa menor, do predicado constante no juízo inicial. Exemplo: Todos os homens têm direito à vida e à liberdade (premissa maior); os índios são homens (premissa menor); logo, os índios têm direito à vida e a liberdade. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995 p. 17.).

Desse método tem-se muitas vezes uma difícil interpretação uniforme, como se vê nas fundamentações dos tribunais.

A crítica que os empiristas fazem ao método dedutivo decorre do critério da aceitação da premissa geral. Admitindo a adoção do método indutivo apenas na hipótese em que a regra geral surja de uma indução devidamente testada pela experiência. O Jurisfilósofo italiano, Felipe Bataglia, ao mesmo tempo em que valoriza o potencial de dedução do saber, declarando que toda ciência aspira a ser “o mais dedutivo possível”, estágio este já alcançado pela matemática e pela astronomia, e que “uma disciplina é madura na medida em que se constitui numa ordem sólida de princípios sintéticos que possibilitem proceder, com segurança, dedutivamente”, nos adverte, afirmando que “se impõe excluir toda fantasia abstracionista e todo apriorismo lógico, caso se deseje desenvolver a dedução científica com coerência e conscientemente”. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 17 apud Felipe Battaglia, Curso de Filosofia del Derecho, trad. Espanhola da 3ª ed. Italiana, Reus S. A., Madrid, 1951, vol. 1, ps. 93/94.).

Em outra conexão Nader (1995) adentra na questão legislativa, foco primordial à análise da formação do Estado de Direito, pontuando, “A *Política Jurídica*, também denominada *Política da Legislação* cuja finalidade é de indicar ao legislador a matéria social que necessita de regulamentação, recebe importantes subsídios da Filosofia Jurídica”. Nesse aspecto no dizer de Clauder Du Pasquier (1967, p.163) “(...) *sa fonction est de faire régner l’ordre social em assurant, dans La mesure des possibilites, la satisfaction des besoins essentiels de la société*”.

Nesse caminho de alcançar um texto legal Nader (1991) relata:

Não obstante se fale que a Filosofia do Direito, como Filosofia que é, não possua fins utilitários, o certo é que muitas de suas conclusões se canalizam para a Política Jurídica, indo alcançar os textos de leis e códigos. Tão importantes são os vínculos dessa ciência com a Filosofia Jurídica que alguns estudiosos, conforme destaca (Wilhelm Saue, 1933) , a consideram equivocadamente como essência da Filosofia Direito. O fato é que a Política do Direito, visando ao aperfeiçoamento do Direito Positivo, entre outras fontes, recorre-se à *scientia altior* , esta, a que mais se articula com as diversas ordens científicas, e mais pontos de contato apresenta com as demais ciências que estudam o *jus*. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 32.)

Adentrando um pouco mais na formação do Estado das leis temos um conceito de direito apreciável e relevante no seu aspecto geral; como segue:

Ainda que o jurista não apresente uma definição formal do Direito, nem haja cogitado a respeito, necessariamente há de ter um conceito daquele objeto. Isto é forçoso, de vez que não é possível conhecer e utilizar bem um sistema jurídico sem a prévia representação intelectual do Direito. Como se posicionar diante de indagações relativas à efetividade, como as que envolvem os problemas de obrigatoriedade das leis injustas ou das leis em desuso, sem a prévia convicção do que seja Direito? A coerência lógica do pensamento jurídico deve ser cultivada a partir de consonância com a noção do Direito, que atua como uma espécie de norma constitucional para o jurista. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed.–Rio de Janeiro-Forense, 1995, p. 38.).

A abordagem começa a se delimitar no campo da necessidade de norma social pelos seus atributos. Nader (1995) aborda. “Por validez denominamos os vários atributos do direito: vigência, eficácia, efetividade, legitimidade”. Ao discorrer especificamente sobre os atributos, discorre outro autor: O atributo da *vigência* empregado como sinônimo de eficácia por autores da língua espanhola, conforme adverte Reale (1976):

E identificado como uma validade extrínseca da norma pelo preenchimento de formalidades essenciais à sua formação. É o período de tempo no qual a norma se mantém obrigatória. Pelo atributo *eficácia*, designamos restritamente a norma que obtém socialmente a realização do valor pretendido por seu autor. Por *efetividade* do Direito, tratamos a norma que logra extensa adesão entre os seus destinatários e acatamento pelos órgãos encarregados de sua aplicação, seja no âmbito da administração ou da justiça. Muitos autores, não fazendo distinção entre este atributo e eficácia, empregam os termos como sinônimos. Finalmente, por legitimidade a justificação ética das normas. Tal atributo é denominado, por alguns expositores, por validade intrínseca o fundamento ético do Direito. (Miguel Reale, Lições Preliminares do Direito, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1976. p.105. nota1.).

Quanto à *eficácia*, Nader (1995) distinguiu eficácia de efetividade, termos esses utilizados como sinônimos por alguns autores ou compreensivelmente abordados sob a primeira denominação.

Por eficácia devemos designar o resultado social positivo alcançado pelas normas jurídicas. Lei eficaz é aquela que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la. Ou programar um conjunto de normas, o órgão criador tem por mira atender à realidade social, que apresenta algum tipo de problema. O instrumento normativo é empregado como recurso técnico capaz de resolver a questão. Como processo de adaptação social., o Direito é estabelecido de acordo com a situação histórica, sob medida para os fatos que desafiam o administrador. (Nardel 1995, apud, Ariel

Quincena Experiências Jurídicas y Teoria Del Derecho, reimpressão da 1ª ed. I, Barcelona, 1975, p.193.).

Também, discorre sobre o tema Reale (1982) relatando que a nomogênese jurídica, relativamente à lei, indica que:

O legislador pretende lograr determinado resultado social ao consagrar um valor ou mais de um, tem normalmente à sua disposição vários modelos de lei que poderão ser adotados, entre os quais deverá seleccionar aquele que considere o mais apto a atingir os fins sociais desejados. O instrumento legal, portanto, precisa ser planejado meticulosamente, impondo-se ao legislador conhecer previamente a realidade social subjacente. Assim se orientando o legislador, a lei deverá produzir os efeitos que dela são esperados e obter, ulteriormente, eficácia. Consideremos a hipótese de o administrador pretender resolver o problema de carência de moradias em determinada época. Visando a incentivar a construção civil, terá diante de si algumas alternativas para o encaminhamento da solução. Entre as quais escolherá uma fórmula que transformará em lei. Esta logrará eficácia se, com a promulgação e vigência, induzir à construção de habitação em número correspondente à sua expectativa. (Miguel Reale, Filosofia do Direito, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1982, p.205.).

Vejamos sobre a efetividade: Nader (1995) “Por efetividade nomeamos o fenômeno sociais de obediência às normas jurídicas”. O mesmo autor adverte:

Por serem passíveis de transgressão, as normas nem sempre alcançam plena efetividade. O índice de adesão às regras depende de vários fatores, sendo certo que a coercibilidade- força a serviço do Direito- atua como um dos estímulos da efetividade. A adequação do Direito ao fato, a racionalidade das fórmulas adotadas, o grau de justiça contido na solução preconizada para o problema social são também alguns motivos que induzem à obediência. A noção de efetividade compreende, ainda, a aplicação das normas pelos órgãos encarregados da administração da justiça: tribunais e administradores. Cada instrumento normativo apresenta graus de efetividade, podendo ser aferidos mediante pesquisa sociológica, que deverá detectar os fatores de adesão e cria os de desobediência, de cujas informações o legislador deverá tirar o devido proveito, seja para o aprimoramento da lei ou visando à substituição. A importância da efetividade é significativa, pois sem ela o Direito não realizará os processos adaptativos necessários à condição dos interesses sociais. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 73.)

Nader (1995) inicia a prerrogativa do dever ser: “Os atributos do Direito submetidos à reflexão afloram em na nossa área de estudos em razão de o Direito integrar a ordem do dever ser”. Para o autor esse estado de ser e fundamental e;

Configurar uma programação de condutas a serem observadas e que muitas vezes não são cumpridas, isto justamente porque o Direito não expressa a natureza do *ser*. Fosse o Direito um código de descrições de fenômenos que ocorrem *necessariamente*, não seria passível de violação, e a problemática da validade não estaria a desafiar o pensamento de juristas-filósofos. A inteligência e racionalidade do homem, por si apenas não substituem o Direito Positivo excluindo os conflitos, nem impedem descumprimento da lei. As divergências que a análise do tema relativo à validade do Direito oferece é parte apenas do amplo questionamento que envolve o mundo das normas jurídicas, e as conclusões que se seguem, embora sujeitas à polêmica, registram a expectativa de seu autor. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 73).

Crucial para o estudo do surgimento do Estado de Direito é retomar as ideias dos autores da época. Enquanto que para a Escola clássica o Direito Natural seria eterno, alguns autores negavam ao homem a condição de animal social em Nader (1995). Em sua doutrina política e antropológica, fundamentalmente exposta em *Leviatã* (1965), o filósofo inglês partiu da crença do chamado *status naturae*, durante o qual os homens teriam vivido em constante medo diante das ameaças de guerra. Nessa fase que antecedeu à formação da sociedade não haveria limites à ação humana. O abandono da vida primitiva em favor do *status societatis* se fizera por conveniência, pelo interesse em se obter garantia e tutela.

Nader (1995) relata que:

Hobbes retratou o homem como ser naturalmente egoísta e agressivo, devotado apenas aos seus interesses e insensível à sorte de seus semelhantes. A criação do Estado teria reprimido a sua tendência de ser o *lobo do próprio homem (homo homini lúpus)* e evitando a guerra total (*bellum omnium contra omnes*). (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 132).

Nader (1995) discorre que: “A fim de superar as adversidades do estado de natureza, os homens teriam celebrado o contrato social e, em consequência, constituído a sociedade, o Estado e o Direito”.

Ainda:

Teria renunciado ao seu primeiro “*jus omnium in omnia*”, para alcançarem a paz, a liberdade e o verdadeiro Direito. Para que esses alvos fossem atingidos, pensava Hobbes que o Estado –Leviatã ou Deus Mortal- deveria ser suficientemente forte. A sua doutrina política é a de um refinado absolutismo. O Estado, ente poderoso que era, se relacionaria com os particulares apenas como titular de direitos. O pacto social seria firmado “apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros”, pois evidente “que quem é instituído soberano não faz qualquer pacto com seus súditos, porque teria ou que celebrá-lo com a multidão, n qualidade de parte do pacto, ou que celebrar diversos pactos, um com cada um deles”. A celebração do pacto implicaria no acatamento, pelos súditos, de todos os atos do soberano, que não poderia ser deposto, porquanto representantes de cada homem. Se alguém fosse morto na tentativa de golpe seria considerado “o autor de seu próprio castigo, dado que por instituição é autor tudo quanto seu soberano fizer”. Todo súdito, enfim, seria autor de todos os atos e decisões do soberano, não podendo, assim, insurgir-se contra as iniciativas deste. Hobbes abre exceção, todavia, direito de autoconservação, pelo qual não pode o soberano impor a autoeliminação, circunstância na qual o súdito poderá resistir.

O filósofo inglês distinguiu a *lei civil* da *lei de natureza*. A primeira, emanada do Estado, não pode ser contrária a razão, entendida esta como a luz que levou o soberano a elaborar a lei. Assim aplicada pelo juiz, a sentença será do próprio legislador; diversamente aplicada, a sentença será da lavra do magistrado e injusta. As leis da natureza “consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza, não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência”. As leis da natureza não seriam leis propriamente, salvo quando encampadas pelo Estado, pois, para serem obrigatórias, indispensável é que venham em ordenações do poder e acompanhadas de sanção. Edgar Bodenheimer admite que Hobbes tenha sido precursor do positivismo moderno. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 132)

Aborda Nader (1995) que a filosofia do inglês John Locke 1632-1704, (Segundo Tratado sobre o Governo, Abril Cultural, 1973, cap. XI, item 142.) foi inspirada em parte, nos fatos históricos de sua época, pois viveu em pleno século XVII, quando se registrou a Revolução Inglesa (1688). De forma liberal contrapôs suas ideias ao absolutismo, divulgado nas obras de Hobbes. Como adepto da Escola Clássica do Direito Natural, sustentou as teses do estado de natureza e do contrato social. Enquanto Hobbes (1974) se utiliza daquelas premissas para fundar o poder absoluto do soberano. Locke (1632-1704) nelas se apoiava para justificar os limites jurídicos à ação do príncipe. A formação da sociedade era uma decorrência da desonestidade que predominava entre os homens. A fim de “proteger suas posses, riquezas e

propriedade, como ainda sua liberdade e vigor corporal (...) os homens são obrigados a entrar em sociedade uns com os outros...”.

Pontua Nader (1995) sobre Locke:

Em se tratando de Direito Relativamente ao Direito, expôs a ideia de que no estado de natureza, que já seria social, visto que os homens são sociáveis por natureza, havia alguns direitos, como à liberdade, ao trabalho, à propriedade, faltando, apenas, autoridade que garantisse a efetividade. Para que o fato social fosse estabelecido em lei deveria, necessariamente ser útil à comunidade. Os fatos não se submetiam, ao mesmo tempo, ao Direito e à Igreja, pois “distanciam-se da jurisdição do magistrado quando compreendidos pela Igreja”. Sustentou que a tarefa de elaboração de leis não poderia ser transferida pelo legislativo, pois esse poder se investia na função por delegação do povo. Enquanto em suas primeiras obras a ideia do Direito Natural se manifestava como determinação da vontade divina que a razão apenas interpretava, em idade madura Locke identificou aquele Direito com a razão. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 132 apud Locke, John. Carta Acerca da Tolerância, Os Pensadores, Abril Cultural, vol. XVIII, São Paulo, 1973.)

Ao analisar Rousseau, Nader (1995) descreve “As principais teses do jusnaturalismo foram desenvolvidas, notavelmente, pelo genebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1778)”. Essa afirmação se dá pela posição de vanguarda das ideias de Rousseau, pois alcançaram ampla divulgação e prestígio em sua época, indo influenciar os estatutos ideológicos da Revolução Francesa, especialmente por sua dimensão política.

Abaixo temos uma análise de dois filósofos:

Em seu livro *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1753), expõe acerca do estado de natureza, época primitiva em que os homens seriam felizes, desfrutando de liberdade e de igualdade. Diferentemente de Hobbes (1774), para quem o homem é mau por natureza, admitiu o contrário, pois tudo que vem da natureza é bom. Sem comando político, os seres humanos viviam no livre exercício de direitos naturais, em Idade de Ouro, onde não havia propriedade privada, nem corrupção. A desarmonia teria surgido quando alguns homens, prevalecendo de sua força, impuseram o domínio. A sociedade civil teria sido fundada pelo indivíduo que, cercado um terreno, declarou: “Isto me pertence!”, Se naquele momento alguém houvesse gritado: “Guardai-vos de escutar este impostor”, teria poupado, à humanidade, crimes, guerras, assassinatos. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 130.)

Nader (1995) discorre sobre o *Contrato Social*, analisando:

Em *O Contrato Social* (1672), obra complementar ao *Discours*, o filósofo analisa a formação do Estado. Visando a recuperar o seu bem-estar primitivo, os homens teriam transferido seus *direitos naturais* ao Estado em troca de *direitos civis*. Estes seriam os próprios direitos naturais, já então sob a tutela do Estado. Não haveria, assim, renúncia à liberdade, pois tal ato “é incompatível com a natureza humana”. Com a celebração do pacto, cujas cláusulas são ditadas pela própria natureza do ato, os homens visavam a “encontrar uma forma de associação que defendesse e protegesse de toda a força comum à pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedecesse, portanto senão a si mesmo, e permanecesse tão livre quanto antes”. A finalidade última de toda legislação seria a de promover a liberdade e a igualdade entre os homens. As instituições jurídicas e o Estado, todavia, não deram continuidade à felicidade humana, já que não lhe garantiram a liberdade e a igualdade. O contrato social, que não teria sido um fato histórico, apenas um postulado racional, não alcançara êxito, pois o caminho preconizado não foi o da extinção do Estado e o retorno à Idade de Ouro, porquanto o Estado seria irreversível, mas à reorganização política de acordo com o ideal democrático. O seu pensamento não pode ser acimado de utópico, pois reconheceu que “nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá”, pois não é possível que o povo se reúna permanentemente para o trato de questões públicas. (Nader, Paulo- *Filosofia do Direito*, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 138 apud Rousseau, Jean-Jacque. *Contrato Social*, Os Pensadores, Abril Cultural, São Paulo, 1973. p.92.).

No campo da *validade e eficácia* Nader (1995) que o termo *eficácia* é tomado como observância e aplicação de normas, fato este que nomeamos por *efetividade*; validade quer dizer condição de obrigatoriedade, certificado de que a norma preenche os requisitos indispensáveis para entrar no mundo jurídico e produzir efeitos.

A validade do direito, situado no plano do dever ser, por uma corrente é considerada independente de eficácia, que se localiza na esfera do *ser*. Diametralmente oposta é a teoria realista, que identifica a validade com a eficácia. Ambas as posições são condenadas em Nardel (1995), que as considera falsas.

O equívoco da primeira esta em não admitir que a eficácia é uma condição da validade, enquanto o da segunda corrente, em não reconhecer que os dois conceitos são distintos, que a norma pode ter eficácia e não ser válida. Para a Teoria Pura, não é certamente a eficácia quem confere o fundamento de validade à ordem, mas a norma fundamental. Nardel (1995).

O imprescindível, para a norma, esta na origem do silogismo:

A Teoria Pura determina que o conteúdo da constituição, sob certas condições, deve ser observado. Haveria o *silogismo* normativo a fundamentar a validade da ordem jurídica. A premissa maior, composta pela norma fundamental ou hipotética, é quem determina a observância da constituição *posta e eficaz*, estabelecendo em *dever ser*. A premissa menor consiste na efetiva existência de uma constituição que alcançou eficácia por si e pelas normas de outros escalões e dela derivadas Kelsen (1963) em Nardel (1995). É uma afirmação na ordem do *ser*, pois dispõe que a ordem jurídica possui validade. Com a perda da eficácia, cessa a validade da constituição e, em consequência, a ordem jurídica. A não-aplicabilidade de uma norma singular não induz ineficácia do ordenamento. Este permanece válido, ainda que a observância das normas se faça apenas em uma *consideração geral*. De outro lado, casos particulares de inobservância de norma não comprometem a validade desta. De modo coerente, Kelsen assevera que as normas em desuso- *desuetudo*- não possuem validade. Sem distinguir entre normas legislativas, judiciais e consuetudinárias, atribuiu ao desuso, que é ausência de eficácia e a quem designa também por costume negativo, poder revogador. Foi além, ao considerar que a legislação não pode excluir a força de comando jurídico pelo costume. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 204 apud Hans Kelsen, Teoria Geral das Normas, 1ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, p.328.)

Nardel (1995) descreve que Kelsen (1963), como visto acima, negou a validade à norma que estabelecesse disposições que expressam a ordem do ser, daquilo que necessariamente acontece. A possibilidade de ruptura entre as duas ordens- ser e dever ser- é uma condição de validade da norma.

Para Estado de Direito, propriamente dito, Nader (1995) afirma: “A doutrina tradicional consagra a teoria dualista, que distingue o Estado do Direito”. A dicotomia surge conforme abaixo:

Contra esta, insurge-se a Teoria Pura, para quem o Estado é uma ordem jurídica. A concepção dualista, para Kelsen, se acha encoberta por uma capa ideológica, pois é preciso atribuir-se identidade própria ao Estado, a fim de que possa ser convenientemente legislado pelo Estado. O Estado seria a personificação do Direito, mas nem toda ordem jurídica se centralizam em órgãos especializados. A Teoria Pura não considera impossível a legitimação do Estado, apenas considera que tal tarefa não pode ser cumprida pelo Direito. Legitimação exige fundamentação ética e política. Ora, uma vez que se considere o Direito um objeto depurado de elementos e jurídicos, não poderá ser convertido em instância legitimadora do Estado. Contra esta tese se opõe a teoria tradicional. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 210 apud Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. Da 2ª Ed. Armênio Amado- Editor, Sucessor, Coimbra, 1976. p.197.).

Da relação justiça e direito Paulo Nader (1995) discorre que:

Relativamente às normas de justiça, Kelsen distinguiu duas espécies: a de tipo metafísico e a de tipo racional. A primeira, por seu conteúdo e origem, escapa à experiência humana e se justifica à luz de fatos transcendentais à realidade concreta. A sua admissão não se faz por compreensão, mas pela autoridade de sua fonte. As de tipo racional, como o próprio nome induz, provêm do entendimento humano, de sua razão, e não se fundamenta, necessariamente, em instância superior. A sua origem pode ser atribuída à entidade divina, mas isso não é essencial. Para este tipo de norma de justiça, o importante é que satisfaça à inteligência do homem. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 206 apud Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. Da 2ª Ed. Armênio Amado-Editor, Sucessor, Coimbra, 1976.)

Ponderam sobre um tema bastante relevante, que é a *justiça divina*, Nader (1995). “A regra definida por Jesus Cristo em sua pregação terrena se identifica com o *princípio do amor* e consiste na retribuição do mal pelo bem”.

Essa temática abordada por Nader (1995) dá-se da seguinte forma:

Em lugar de ódio, deve-se nutrir com amor aos inimigos. O princípio para Kelsen, não estaria centrado na realidade humana, que não possui a capacidade de amar os inimigos. Finalizando esta ordem de estudos, analisa a justiça absoluta, de origem divina, única capaz de proporcionar plena felicidade ao homem. Como a justiça absoluta é um ideal irracional, não alcançável, acena-se, para os crentes em Deus, com a sua plena realização na vida supraterrana. Sobre este princípio, foi simples o comentário de Kelsen: “Tal é o engodo desta eterna ilusão”. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 232 apud Hans Kelsen, A Justiça e o Direito Natural, Armênio Amado-Editor, Suc., Coimbra, 1963, p. 22.).

Nader (1995) esclarece que “Do ponto de vista da segurança jurídica, o autor reconhece que o desejável seria que as normas apresentassem apenas um sentido jurídico válido, como preconiza a hermenêutica tradicional, mas na realidade isto não condiz com os fatos que a experiência revela”. As normas oferecem, via de regra, várias soluções possíveis, sendo que apenas uma se converte em Direito Positivo pelo processo de escolha.

Importante atermos a questão relacionada à interpretação das normas que em Nader (1995) temos:

Coloca em destaque a importância da interpretação, considerando-a prática necessária à aplicação do Direito. Ele a considera uma atividade mental que visa indicar o conteúdo das normas jurídicas, sem a obrigação de conduzi-la, contudo, a uma única solução. Distingue a interpretação que é feita pelos órgãos jurídicos da realidade pelos particulares. Estes, que precisam adequar o seu comportamento ao que a ordem jurídica dispõe, têm a necessidade de conhecer aqueles mandamentos, como forma de evitar a sanção que as normas jurídicas prescrevem. A Ciência do Direito, cujo papel é o de descrever o ordenamento em vigor, tem a função de interpretar o teor das normas que integram o sistema jurídico. Embora faça alusão às “normas do Direito consuetudinário”, o autor não aborda especificação aborda especificamente as normas compreendidas nas considerações gerais. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 269 apud Miguel Reale, Filosofia do Direito, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1982. cit., p.205. p.523.).

O recurso à analogia e ao *argumentum a contrario* é rejeitado, sob a alegação de que a doutrina não se sente segura na escolha e que muitas vezes tais mecanismos levam a resultados opostos, Nader (1995).

A atividade desenvolvida pela Ciência do Direito, em Nader (1995) no tocante à interpretação, é apenas de natureza cognoscitiva, pois a *opinio doctorum* não pode ir além do exame de vários sentidos que as normas apresentam.

Assim, enquanto o órgão aplicador sempre faz uma opção entre as plurissignificações contidas na moldura ou quadro, o cientista do Direito limita-se a descrever as diversas alternativas de natureza lógica que o ato normativo oferece. Quando o advogado ou o escritor sustentam uma única fórmula de significação, a sua função não é jurídico-científico, mas jurídico-política, Nader (1995).

O mais tocante é que:

Kelsen apresenta uma nova concepção para a interpretação autêntica. Esta não seria apenas a realizada pelo órgão competente para a sua elaboração, ao gerar norma de caráter geral, mas também a desenvolvida pelo agente que aplica a norma a um caso concreto, pois essa também cria direito, mediante norma individualizada. Assim, toda interpretação derivada de um órgão aplicador do Direito é autêntica. Somente não possui essa qualidade a que dimana da Ciência do Direito e do Estudo dos particulares em geral. Estes, ao adotarem uma fórmula de conduta perante a lei, elegem um dos vários sentidos que as normas oferecem, mas correm o risco de não vê-la confirmada pelos tribunais. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro-Forense, 1995, p. 271 apud Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. Da 2ª Ed. Armênio Amado-Editor, Sucessor, Coimbra, 1976 p.169.).

Já, referente ao Século XX, Nader (1995) traz Pedro Lessa. O autor de Estudos de Filosofia do Direito (1912) e de outros escritores, jurista-filósofo Pedro Lessa (1859-1912), possuía uma formação cultural compreensiva da teoria e prática do Direito. A sua cosmovisão científica levou-o ao exercício de duas funções nobilitantes: à cátedra de Filosofia da Academia de São Paulo e à judicatura do Supremo Tribunal Federal, em 1907. O perfil do autor foi traçado por Spence Vampré (Memórias para a História da Academia de São Paulo, 2ª Ed. Instituto Nacional do Livro, 1977): “(...) sabendo ser elementar sem descer à superficialidade, expunha as doutrinas alheias com fidelidade absoluta, e criticava-as com fortes e decisivos argumentos”.

Pronuncia-se, ainda, Nader (1995) que o escritor mineiro, autor ainda de Dissertações e Polêmicas (1909) e Do Poder Judiciário (1915), não aderiu, todavia, ao positivismo extremado, pois chegou a atentar para a existência do Direito Natural, ao declarar que o Direito, não obstante a sua variação no tempo e no espaço, abriga sempre princípios fundamentais imutáveis.

O Direito Positivo foi concedido como um conjunto das condições orgânicas “de vida de desenvolvimento da sociedade e do indivíduo, dependente da vontade humana, e já garantida, ou que é necessário o sejam, pela força física do Estado”.

A filosofia do Direito apresentava três missões: a) a definição do método a ser aplicado nas investigações científicas do Direito. Tal escolha possui importante significado, pois determina a direção do espírito. Se o método for dedutivo, a investigação de ideias gerais norteadas pela religião ou pela metafísica; b) a exposição sistemática dos princípios fundamentais do Direito. Diante a atomização do território jurídico, com o surgimento da pluralidade de ramos, que apresentam princípios particulares, é indispensável à tarefa de revisão geral em todo o domínio jurídico, a fim de se “descobrir os traços de união entre todos esses diversos ramos da ciência do Direito, o que há de comum, de geral em todos eles, unificando todo o saber jurídico”; c) o estudo das relações do Direito com as ciências antropológicas e sociais. Coerente com o objeto apontado para a Filosofia do Direito definiu a disciplina como “a parte geral da ciência jurídica, que determina o método aplicável ao estudo científico do Direito, expõe sistematicamente os princípios fundamentais dos vários ramos do saber jurídico, e ensina as relações deste com as ciências antropológicas sociais”... (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 264 apud Jose Mendes, Ensaio de Filosofia do Direito, 1ª ed Duprat & Cia., São Paulo, vol. 2, 1905, p.14; 96; 740; 745).

Em Nader (1995), não deixando de enfatizar o nobre jurista e doutrinador Miguel Reale. Não apenas sucessor de uma plêiade de jurisfilósofo, a partir de 1940, na cátedra de Filosofia do Direito da Academia de São Paulo, mas ainda legítimo herdeiro do talento de seus antecessores e da inteligência do passado, o brasileiro de São Bento do Sapucaí, Miguel Reale (1910), brandiu, com vigor e sabedoria, durante quarenta anos o seu bastão de catedrático, cômico de seu papel e de sua responsabilidade perante a sociedade contemporânea e a história.

Coloca Nader (1995) que o autor até o final da década de sessenta, nos domínios do *jus positum*, poderia ser identificado como publicista, especialmente pela elaboração de *Revogação e Anulação do Ato Administrativo* (1968), *Direito Administrativo* (1969), a sua condição de Coordenador da Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, a partir de 1969, e de redator da Exposição de Motivos, em 1975, revela-nos que o *público e o privado* se acham presentes na sua atual formação jurídica. A sua atenção para o conjuntural encontra-se estampada em *Da Revolução à Democracia* (1977), *Política de Ontem e de Hoje* (1978), *Por uma Constituição Brasileira* (1985). (Lições Preliminares de Direito, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1976, p.59).

A experiência intelectual de Miguel Reale inicia-se com o estudo e reflexão dos problemas sociais e políticos, abordados em *O Estado Moderno* (1934). A orientação neokantiana acompanhou-o até (1940), com a publicação de *Fundamentos do Direito*. Influenciado por Husserl, procurou superar o hiato entre o mundo de ser (sein) e do dever ser (sollen), em outras palavras, entre ontologia e a epistemologia. Com decorrência da nova orientação, concedeu a tridimensionalidade do Direito em fórmula própria, em que os elementos fato, valor e norma, sem predominância e sem justaposição, se interdependem na formação do Direito. A Teoria Tridimensional do Direito constitui o ponto mais alto de sua elaboração científica. Sem pretender intitular-se o criador do tridimensionalismo, Miguel Reale apresentou uma versão original à teoria. Enquanto em outros autores a composição triádica do Direito se apresenta em adição, em sua fórmula os elementos fato, valor e norma relacionando-se em uma dialética de complementaridade. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 266 apud Reale, Miguel, *Da Revolução à Democracia*, 2ª Ed. Editora Convívio, São Paulo, 1967, p.37.)

Também, segundo Nader (1995);

O Estado contemporâneo, intervencionista e empresarial, à medida que amplia a sua interferência na atividade individual ou coletiva, cria entes autônomos, com atribuições próprias, provocando uma perda de comando da administração direta. Os organismos paraestatais- autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista- geram o que denomina por *duplo do Estado*. De um lado, há o Estado organizado nos moldes tradicionais, com sua máquina administrativa padecendo de inúmeros vícios; de outro, um Estado com modelo mais dinâmico, com pessoal técnico melhor selecionado e salários a nível de mercado. Variados interesses à criação de novos órgãos da administração central e os entes paraestatais, estabelecem um nível de tensão. Enquanto aqueles pretendem impor suas normas de controle e fiscalização, estes se empenham em alcançar liberdade de ação. (Nader, Paulo- Filosofia do Direito, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 268 apud Miguel Reale na Universidade de Brasília, Coleção Itinerários, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, p. 87.).

Para elucidar, Nader (1995), ressalta que Direito Positivo foi criado como “a ordenação bilateral, atributiva das relações sociais, na medida do bem comum”. A diferença específica da definição situa-se na estrutura imperativo-atributiva do ordenamento, característica esta que confere ao Direito, e tão somente a ele, o poder de exigibilidade.

Continuando, ainda, Nader (1995) coloca que a causa final do Direito- bem comum- consiste na harmonização do bem de cada pessoa no contexto social. Em definição analítica, o Direito seria “a ordenação heterônoma, coercível e atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores”.

Neste viés Bobbio (1991) destaca que:

Desde os primórdios tempos em que as divindades traziam as leis pelos seus sacerdotes transcendentais, o quesito sanção nunca foi bem equacionado. A época, caso se descumprida a lei, então, a divindade se não punia, por óbvio, não, também, ao cumprimento dessas. Logo após, Aristóteles em desenvolveu um tipo lógico de pensamento, através de sentença lógica, que *a posteriori* fora utilizado na reflexão filosófica-política que trazia a inovação: “Se queres A, deves B”. Começou naquele momento a surgir o temos hoje como leis: “Se cometeres o ilícito, então terás a pena”. Que é à base de todo o arcabouço jurídico no Estado de Direito. Thomas Hobbes aprimorou o raciocínio de Aristóteles afirmando que para o homem sair do estado de natureza necessita as regras prudenciais das normas hipotéticas. Quando Hobbes diz que a reta da razão faz parte da natureza humana, pretende dizer que o homem é capaz não só de conhecer *per causas*, mas também de agir *per fines*, ou seja, de seguir regras que lhe indicam os meios mais adequados para atingir os fins almejados (como o são, precisamente, as regras técnicas). (Bobbio, 1991 p.38).

O que se tem, em Bobbio (1991) é que como o homem é um ser instintivo que age em benefício próprio, as regras de conduta começam a ser de impreterivelmente surgimento. Tem-se, disso, o inevitável surgimento do que chamamos contrato social que é a anuência todos os homens como partes à realização de algo social.

Do surgimento do Contrato Social para Bobbio (1991)

Ocorre que, para superar a individualidade, um contrato de grande monta envolvendo tudo e a todos, se fez necessário surgir. O contrato social que rege a conduta social com normas gerais surge embarcando todos os seres e entes. Leia-se por contrato social, as leis do Estado de Direito. Contudo, apesar de o contrato social, vislumbrado pelos filósofos político ser a tônica da solução para o convívio social, ele guarda irrespondíveis questionamentos. Ele beneficia a quem? A sociedade ou o indivíduo ou a um terceiro, no caso outro País? Há um Contrato entre os indivíduos, *pactum societatis*, um contrato entre o povo e o Governo? Os contratos podem ser dissolvidos e em quais condições? Como se vê os contratos, leis, não são claros quanto as partes que o compõe em Bobbio (1981), também, não são claros quanto a quem deve cumpri-lo, tão pouco como fazer para dissolvê-lo. O que se vê é que estamos retrocedendo a um estado de natureza onde as leis são válidas, mas não eficazes e quando alguém viola uma das regras, não há ninguém bastante forte para observá-la. A causa principal da insegurança é a falta de um poder comum: o acordo que funda o Estado tem por meta constituir um poder comum. O único meio para isso é que todos consintam em renunciar a seu poder e em transferi-lo para uma única pessoa (uma única pessoa física ou jurídica, como, por exemplo, uma assembleia), que a partir de então terá o poder suficiente para impedir que o indivíduo exerça seu próprio poder em detrimento dos outros (Bobbio, 1991, p.7.).

Como se lê nas palavras de Hobbes (1974), trazidas por Bobbio (1991), nasce o primeiro empecilho na instituição da força maior, Estado das leis, que é a expressão pessoa física, em Bobbio (1991) O que se tem na sinergia da convivência público/privado é a detecção de problemas com a pessoa jurídica de direito público pertinente ou similar à pessoa física. Constituição corporal, com o Órgão da Administração, o temperamento dos governantes que se manifestam como se diante de fatos pessoas estivessem; o caráter; as experiências anteriores, ou seja, tudo que se refere ao comportamento psicológico da pessoa física passa pela pessoa jurídica de direito público deixando de lado o tão almejado Princípio da Impessoalidade, em Bobbio (1991).

A questão é mais polêmica quando se observa o fato delituoso numa esfera que não a do convívio social. Um infrator das normas convive pacificamente com os demais entes sem que estes percebam o verdadeiro grau de sua conduta delituosa, isso porque o ilícito fica no mundo das tipicidades hipotéticas normativas, no mundo processual e não há uma segregação eficaz ao ponto de proteger a sociedade de pessoas que a todo o momento estão viciando o meio. (Bobbio, 2012, p.38)

Também, o Estado de Direito, quando no ocidente organizou-se de forma diferente das outras formas do direito positivo. Segundo Adeobaldo (2009) dentre seus diversos caracteres inusitados, esse direito pretende monopolizar sua própria produção, ou seja, decidir todos os conflitos juridicamente relevantes por meio de seu executor, o Estado.

Essa onipresença do direito dogmático organizado, porém, precisa de muitos pré-requisitos, certa infraestrutura econômica, social, antropológicas para efetivamente funcionar, como segue:

No Brasil de hoje, por exemplo, o axioma fundamental dos sistemas jurídicos nas sociedades desenvolvidas não tem aplicabilidade generalizada, tais como a hierarquia normativa que culmina no princípio da supremacia constitucional, o primado da lei, a isonomia ou a neutralidade da decisão judicial. Em lugar da cultura do distanciamento burocrático, da diferenciação de papéis, há a cultura da troca de favores e da boa vizinhança, o culto a família e o corporativismo, em vez da neutralidade do Estado. (Adeobaldo, 2009, p.11.).

A dicotomia pessoa físico-jurídica pública se segue conforme Platão em Adeobaldo (2009) que coloca o problema de antinomia explicando duas posições aparentemente antagônicas: ou a virtude é qualidade intrínseca de cada alma humana virtuosa, e conseqüentemente intransmissível, ou ela é adquirida pela experiência, pelo aprendizado, o que dá o papel decisivo ao meio ambiente e às formas pedagógicas circunstancialmente aplicadas em cada caso.

No otimismo, mesmo quando o indivíduo se utiliza de sua “natureza jurídica”, livre, em proveito próprio sua vontade realiza um grau mais alto, objetivo, do direito. Pelo contrato eu tenho propriedade mediante a vontade comum, pois é interesse da razão que a vontade subjetiva chegue a ser universal e que se eleve a tal realização, ou a um ponto de vista racional, é tão necessário que os homens entrem em

relações contratuais presenteiem, troquem, negociem e assim por diante com quanto que tenham propriedade. (Adeobaldo, 2009, p.56).

Adeobaldo (2009) continua enfatizando que:

Segundo o exposto notamos uma resistência em o homem encarar o contrato social como um bem comum, pois, insiste em aproximar para si tudo o que é pertinente ao caráter de possuir, independentemente de necessitar ou não. Essa visão intrínseca humana prostra-se nas deliberações governamentais manchando a moralidade e a “eticidade”. O Estado se juridiciza em seu sentimento ético e, por meio do amor, a subjetividade transcende a mera intersubjetividade, pois o sujeito renuncia a si mesmo e forma uma nova realidade, sintética, porém com os entraves da personalidade, criando um Estado externo com preceitos internalizados. em (Adeobaldo, 2009, p.24.).

Todas essas dicotomias resultaram em uma má formação no Estado de Direito no Brasil. Temos hoje um país onde a anomia jurídica tomou conta. As normas não são efetivadas. O país se sustenta na provocação ao Judiciário e esse está sobrecarregado e, também, com dificuldades de aplicar as leis, haja vista a desarmonia entre os poderes.

3. Caráter epistemológico do conhecimento humano que originou as falhas do atual Estado de Direito.

Analisando a anomia identificada, originalmente, por Durkheim (1999) tem-se que “Já que a sociedade negativa não produz por si mesma nenhuma integração e que, aliás, ela nada tem de específica, reconheceremos apenas duas espécies de solidariedades positivas, que as seguintes características distinguem”.

Elucidação de duas espécies:

A primeira liga diretamente o indivíduo à sociedade, sem nenhum intermediário. Na segunda, ele depende da sociedade, porque depende das partes que a compõe. A sociedade não é vista sob o mesmo aspecto nos dois casos. No primeiro, o que chamamos por esse nome é o conjunto mais ou menos organizado de crenças e sentimentos comuns a todos os membros do grupo, é o tipo coletivo, a sociedade de que somos solidários. No segundo caso é um sistema de funções diferentes e especiais unidas por relações

definidas. Aliás, essas duas sociedades são uma só coisa. São duas faces de uma única e mesma realidade, mas que, ainda assim, pedem para ser distinguidas. (Durkheim, Êmile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. ps. 105/106.)

A relação de hereditariedade, divisão do trabalho:

No que precede, racionalismo como se a divisão do trabalho só dependesse de causas sociais. No entanto, ela também está ligada a condições orgânico-psíquicas. O indivíduo recebe ao nascer gostos e aptidões que o predispõem mais a certas funções que as outras, e essas predisposições têm certamente influência de como as tarefas se repartem. De acordo, com a opinião mais comum, seria necessário ver nessa diversidade dessas naturezas a condição primeira da divisão do trabalho, cuja principal função seria “classificar os indivíduos segundo suas capacidades”. Portanto, seria interessante determinar qual é, ao certo, o papel desse fator, tanto mais que ele constitui um obstáculo à variabilidade individual e, por conseguinte, aos progressos da divisão do trabalho. Porém, a fé na hereditariedade, tão intensa outrora, é hoje substituída por uma fé quase oposta. Tendemos a acreditar que o indivíduo é, em maior parte, filho de suas obras e a desconhecer até os vínculos que o ligaram à sua raça e fazem-no depender dela. É até um fato curioso o de que a hereditariedade só entrou realmente na ciência no momento em que saíra quase completamente a crença. Aliás, não há contradição alguma nisso, porque no fundo o que a consciência comum afirma não é que a hereditariedade não existe, mas que seu peso é menor, e a ciência, como veremos nada tem que contradiga esse sentimento. Em primeiro lugar, a hereditariedade perde seu domínio no curso da evolução porque se constituíram novos modos de atividade que não se encontram sob sua influência. A primeira prova dessa estagnação é o estado estacionário das grandes raças. (Durkheim, Êmile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p.310.)

Das representações

“Onde quer que seja necessário basta lembrar o *espírito de conjunto* e o *sentimento de solidariedade comum*, só o governo está qualificado para exercer. É verdade, mas é demasiado geral para assegurar que o concurso das funções sociais, não se realizam por si mesmo”. Na verdade, de que se trata? De saber que cada indivíduo não é autossuficiente, mas faz parte de um todo de que depende? No entanto, tal representação abstrata, vaga e, aliás intermitente com todas as representações complexas, nada pode contra as impressões vivas, concretas que a atividade profissional desperta a cada instante em cada um de nós. Portanto se esta tem os efeitos que lhe atribuímos, se as ocupações que preenchem nossa vida cotidiana tendem a nos separar do grupo social a que pertencemos, essa concepção, que só desperta de vez em quando e nunca ocupa mais que uma pequena parte da consciência, não poderá bastar para nos reter. Para que a sensação do estado de dependência em que estamos fosse eficaz, seria necessário que também fosse contínua, e só pode sê-lo se estiver ligada ao jogo mesmo de cada função

especial. (Durkheim, Êmile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p. 312.).

Como uma provável conclusão; teríamos:

Mas, então, a especialização não mais teria as consequências que são acusadas de produzir. Ou, então, porventura a ação governamental terá por objeto manter entre as profissões uma certa uniformidade moral, impedir que “as afeições sociais gradualmente concentradas entre os indivíduos de mesma profissão, se tornem cada vez mais estranhas às outras classes, na ausência de uma análise suficiente de modos e de pensamento”? Mas essa uniformidade não pode ser mantida à força e a despeito da natureza das coisas. A diversidade funcional acarreta uma diversidade moral que nada seria capaz de prevenir, sendo inevitável que uma cresça ao mesmo tempo em que a outra. Sabemos, aliás, por que motivos esses dois fenômenos se desenvolvem paralelamente. Os sentimentos coletivos se tornam, cada vez mais impotentes para conter as tendências centrífugas que a divisão do trabalho deve supostamente engendrar; porque, de um lado essas tendências aumentam à medida que o trabalho se divide e, ao mesmo tempo, os próprios sentimentos coletivos enfraquecem.

Pela mesma razão a filosofia se torna cada vez mais incapaz de assegurar a unidade da ciência. (Durkheim, Êmile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. ps. 376/ 377.).

Do Estado de anomia tem-se que a divisão do trabalho não produz solidariedade, é porque as relações entre os órgãos não são regulamentadas, é porque elas estão num estado de anomia. Durkheim (1999)

Nas palavras de Durkheim (1999). De onde vem esse estado? Já que um corpo de regras é a forma definida que, com o tempo, adquirem as relações que se estabelecem espontaneamente entre as funções sociais, podemos dizer *a priori* que há o estado de anomia onde quer os estados solidários se encontrem em contato por tempo suficiente e suficientemente prolongado.

De fato, sendo contíguo, eles são facilmente advertidos, em cada circunstância, da necessidade que têm uns dos outros e, por conseguinte, possuem um sentimento vivíssimo e contínuo de sua dependência mútua. Pelas mesmas razões, as trocas entre eles se produzem facilmente; elas se fazem também frequentemente, sendo regulares; regularizam-se por si mesmas, e o tempo completa pouco a pouco a obra de consolidação. Enfim, já que as melhores reações podem ser sentidas por ambas as partes, as regras que se formam assim trazem sua marca, isto é, preveem e fixam em detalhes as condições de equilíbrio.

Mas se, ao contrário, algum meio opaco for interposto, somente as excitações de certa intensidade podem se comunicar de um órgão a outro. As relações, sendo raras, não se repetem o suficiente para se determinar; a cada nova vez, são novas tentativas. As linhas de passagem seguidas pelas ondas de movimento não se pode abrir,

porque essas ondas são demasiados intermitentes. Pelo menos, se algumas regras conseguem, entretanto, constituírem-se elas são gerais e vagas, pois, nessas condições, apenas os contornos mais gerais dos fenômenos podem estabelecer-se. O mesmo acontecerá se a contiguidade, embora sendo suficiente, for demasiado recente ou tiver durado muito pouco. (Durkheim, Émile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p.327.).

Desprende-se disso:

À medida que o mercado se amplia, a grande indústria aparece. Ora ela tem como efeito transformar as relações entre patrões e operários. Uma maior fadiga no sistema nervoso somada à influência contagiosa das grandes aglomerações aumenta as necessidades destes últimos. O trabalho a máquina substitui o do homem; o trabalho na manufatura, o da pequena oficina. O operário é arregimentado, tirado de sua família o dia inteiro, vive cada vez mais separado daquele que o emprega, etc. Essas novas condições da vida industrial requerem, naturalmente, uma nova organização; mas como essas transformações se consumaram com uma extrema rapidez, os interesses em conflitos ainda não tiveram tempo de se equilibrar. (Durkheim, Émile, Da Divisão do Trabalho, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p. 385/386/387.)

Enfim o que explica as ciências morais e sociais se encontrarem no estado que estão é que foram as últimas a entrar no círculo das ciências positivas. De fato foi só de um século para cá que esse novo campo de fenômeno abriu-se à investigação científica. Durkheim (1999)

Os cientistas nele se instalaram uns aqui, outros ali, conforme seus gostos naturais. Dispersos nessa vasta superfície, permaneceram até aqui demasiado distantes uns dos outros para sentirem todos os vínculos que os unem. Mas pelo simples fato de levarem suas pesquisas cada vez mais longe de seus pontos de partida, acabarão necessariamente por se encontrar e, por conseguinte, por tomar consciência sua solidariedade. Durkheim (1999)

Durkheim (1999) abordando o tema dos contratos:

Originalmente todo contrato firmado de acordo com as normas tem força obrigatória, como se quer que tenha sido obtido. O consentimento não é sequer seu fator primordial. O acordo de vontade não basta para ligá-las, e os vínculos formados não resultam diretamente desse acordo. Para que o contrato exista, é necessário e suficiente que certas cerimônias sejam consumadas, que certas palavras sejam pronunciadas, e a natureza dos compromissos é determinada não pela intenção das partes, mas pelas fórmulas empregadas. O contrato consensual só aparece numa época

relativamente recente. É um primeiro progresso no sentido da justiça. Mas, durante muito tempo, o consentimento que bastava para validar os pactos, pode ser imperfeito, isto é, extorquido pela força ou pela fraude. Foi bem tarde que o pretor romano concedeu às vítimas das espertezas e da violência a ação dolo e a ação *quod metus* causa, mas a violência só existia legalmente se tivesse havido ameaça de suplícios corporais. Nosso direito tornou-se mais exigente sobre esse ponto. Ao mesmo tempo, a lesão, devidamente estabelecida, foi admitida entre as causas que podem em certos casos, viciar os contratos. Não é, de resto, por essa razão que todos os povos civilizados se recusam a reconhecer o contrato de usura? E que, de fato, ele supõe que todo o contratante fica a mercê do outro. Enfim a moral comum condena mais severamente ainda qualquer espécie de contrato leonino, em que uma das partes é explorada pela outra, por ser a mais fraca e não receber o justo preço por seu esforço. A consciência pública reclama de maneira cada vez mais insistente uma exata reciprocidade nos serviços trocados e, reconhecendo apenas uma forma obrigatória reduzidíssima para as convenções que não preenchem esse requisito fundamental de qualquer justiça, ela se mostra muito mais indulgente do que a lei para com os que as violam. (Durkheim, Émile, *Da Divisão do Trabalho*, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1999. p.404.).

Retomaremos, porém, dessa vez com um enfoque crítico. “As leis naturais são genéricas: não determinam exatamente todos os comportamentos e as modalidades de comportamento de que a autoridade civil necessita para instituir e manter a paz civil. São fórmulas vazias que somente o poder civil é capaz de preencher”, Bobbio (1991).

Vejamos alguns trechos:

Em alguns trechos do *De Cive*, Hobbes dá a medida do que o soberano pode fazer para manipular em seu proveito e a seu bel-prazer as dúbies leis naturais. Ele diz: “As leis de natureza proíbem o furto, o homicídio, o adultério e todas as espécies de injúria. Mas deve-se determinar por meio da lei civil, e não da natural, o que se deve entender, entre os cidadãos, por furto, homicídio, adultério, injúria. Com efeito, não é furto qualquer subtração que o outro possui, mas somente daquilo que é sua propriedade. Mas determinar o que é nosso e o que é do outro cabe precisamente à lei civil. Assim, tampouco todo assassinato é um homicídio; homicídio é apenas matar pessoas que a lei civil proíbe de matar. Nem todas as uniões são adultérios, mas só as uniões proibidas pela lei civil. (Nader, Paulo- *Filosofia do Direito*, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995, p. 279 apud *Lei natural e lei civil na Filosofia política de Hobbes*, in *Studi in memória de Gioele Solari*, Edições Ramella, Turim, 1954, pp. 61-101, republicado em N. Bobbio, Uter, Turim, 1959, pp.11-49).

Parece-me que, aqui, diz Bobbio (1991.), a expulsão da lei natural atinge sua maior intensidade ou, se preferirmos, sua maior perfídia. O que permanece da lei natural depois dessa formação das relações entre leis naturais e leis

positivas? Parecia, até agora, que a lei natural oferecia o conteúdo da lei positiva.

Observamos:

Agora se vê claramente em que consiste, de fato, essa oferta. A lei natural prescreve que não se deve cometer homicídio; mas a lei civil, sendo a que decide o que deve ser entendido como homicídio, estabelece, por exemplo, que o assassinato de um inimigo na guerra não é homicídio e que, portanto, o assassinato de um inimigo na guerra não é um ato proibido. A oferta de conteúdo que a lei natural parecia propor à lei civil é completamente anulada. Assim, com essa formulação, Hobbes chega- ainda que sem perceber- ao positivismo integral, a partir do momento em que, além de tudo, esta implícita uma crítica, talvez não inteiramente consciente, à generalidade inútil das supostas leis naturais. Num o primeiro momento, parecia que Hobbes se limitara a dizer: as leis naturais existem, mas, não são obrigatórias. Agora, sua desvalorização vai muito mais longe; as leis naturais existem, mas são tão indeterminadas que se tornam inaplicáveis. Com a primeira afirmação, as leis naturais eram apenas ineficazes; com a segunda, tornaram-se perfeitamente inúteis. Com efeito, dizer que é a lei civil que determina o que é furto, homicídio adúltero, etc., significa dizer que essa lei determina por si mesma- e, portanto, não retira da lei natural- seu próprio conteúdo. “Os espartanos, outrora, ao permitirem legalmente aos rapazes a apropriação de bens alheios, determinaram que estes bens não eram mais alheios, e sim propriedade dos rapazes que conseguiam tomá-los; por isso, essas subtrações não eram furtos”. O que este exemplo demonstra é que apenas o poder civil determina- sem depender de nenhuma lei superior- o que é lícito e o que é ilícito. Trata-se de uma posição que poderia ser plenamente subscrita pelo mais rigoroso teórico contemporâneo do positivismo jurídico, Hans Kelsen, para quem não há uma matéria pré-constituída à lei positiva, mas qualquer comportamento pode ser proibido ou autorizado, contanto que isto ocorra segundo as formas estabelecidas. (Bobbio 1991, p. 183.).

Sobre a questão do conhecimento das leis, temos:

Sobre o princípio de que a lei deve ser conhecida para ser obrigatória, Hobbes especifica que há leis que não têm necessidade de nenhuma publicação ou proclamação e que, apesar disso, “*obligam* todos os súditos sem exceção”: trata-se, precisamente das leis naturais. E mais: “A ignorância da lei de natureza não exime o homem, já que se supõe que todo homem que alcançou o uso da razão sabe que não deve fazer aos outros o que não queria que lhe fosse feito” (p.191). Portanto, parece que, para além das leis positivas, que são o produto da vontade expressa (leis propriamente ditas) ou tácitas (costumes) do soberano, nascem para o súdito obrigações jurídicas diretamente derivadas das leis naturais, cuja violação poderia ser punida do mesmo modo como a violação de uma lei positiva. Sendo assim, as leis naturais teriam penetrado na cidadela do direito positivo, a ponto de receberem a proteção deste último e de se tornarem autênticas leis obrigatórias. O que poderia ser confirmado por uma outra passagem, na qual se diz que “ se uma lei escrita não for observada geralmente em todas as províncias de um domínio, e não resultar nenhuma iniquidade de sua aplicação, tal

lei não poderá deixar de ser uma lei natural, que obriga igualmente toda a comunidade”. Dessa passagem resulta inteiramente que essas leis não escritas, que são as leis naturais, obrigam do mesmo modo que as leis escritas, a ao lado destas. (Bobbio, Norberto. Thomas Hobbes. Editora Campus Ltda, 1991, p.139 apud A teoria política de Hobbes, in Revista Internazionale di Filosofia Del diritto, L.1973, pp. 603-622.).

Da crítica:

Do que se extrai, segundo John Wallis (1657) em crítica à obra de Hobbes: “Penso que ele (O leviatã) inspirou a mente de milhares de gentis-homens, no sentido de uma conscienciosa obediência ao atual governo, uma obediência que, de outro modo, teria continuado a vacilar sobre este ponto”. Finalmente é verdade que, nas últimas páginas de *Leviatã*, que contém algumas conclusões gerais, Hobbes buscara-como, de resto, reconhece abertamente nas páginas do texto que aqui apresentamos-justificar e legitimar obediência a Cromwell, considerando que os súditos que haviam permanecido fiéis à monarquia estavam desobrigados de cumprir o pacto depois de ocorrida a conquista. O *Leviatã* continua a ser, para nós, o que Hobbes queria que fosse; um sólido e inquebrantável monumento erguido à doutrina da obediência. O fato de que no momento que foi escrito o *Leviatã*, a doutrina da obediência tenha servido mais ao conquistador do que ao monarca destronado-para o qual, ao contrário, fora indubitavelmente destinado à obra anterior, o *De Cive* (1642)-, não significa que Hobbes tivesse modificado (ou mesmo atenuado) suas doutrinas para adaptá-las a uma nova situação, nem que jamais tivesse feito em todo o livro qualquer concessão (ainda que velada) ao novo poder que se estava instaurando, nem que jamais tivesse abandonado (o que mais importa) o respeito pela monarquia e a admiração pela forma de governo monárquico, à qual permaneceu fiel por toda a vida, embora pudesse facilmente escondido essa fidelidade se pretendesse de fato escrever um livro com o objetivo de conquistar os valores de uma governo republicano. Todos os que leram o *Leviatã* sabem muito bem que, enquanto não há, em todo o livro, a menor frase adulatória ao futuro Lorde Protetor, não faltam, em todas as ocasiões, expressões de deferência para com a instituição monárquica e seus representantes. (Bobbio, Norberto, Thomas Hobbes, Tradução de Carlos Néson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991, p.183 apud John Bowle, Hobbes and his Crítica. A study in Seventeenth Century Constitutionalism, Jonathan Cape, Londres, 1951, p.215.).

Nota-se a primeira tendência de as normas serem pessoais. Bowle deflagrou que Hobbes apoiava o contrato social não apenas como um contrato de grande monta que iria dirimir os impulsos animais do homem, mas muito para exacerbar o poder do soberano o que, a época, provocou grandes debates em seminários envolvendo os dois autores.

4. Atos e fatos que sinalizam a dicotomia na interpretação das leis e sua não efetividade

Constitucionalmente, iniciaremos com o que diz Sarmiento (2014). “O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surge na Modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os Monarcas não estavam sujeitos ao Direito, eram *legibus solutos*”. Alguns desenvolvimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização da concepção de mundo racionalista e antropocêntrico, legados pelo iluminismo.

Do Estado moderno temos:

O Estado Moderno se construiu tanto em luta contra as organizações políticas menores, os feudos, no sentido da unificação do poder, quanto em luta contra a Igreja, com o intuito de obter a secularização do poder político. A anterior situação de pluralismo jurídico é substituída pelo monismo, com a monopolização da produção normativa pelo Estado. (Sarmiento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho-2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014. P.72.).

O Constitucionalismo Moderno

Não por coincidência um dos principais teóricos do absolutismo, Thomas Hobbes (1946), justifica a centralização do poder por meio de pressupostos modernos e individualistas. Para sair do “Estado de Natureza”, que é por ele considerado como um estado de guerra de todos contra todos, os indivíduos abrem mão de toda a sua liberdade por, por meio do contrato social, em favor do Estado. Na obra de Hobbes, o contrato social somente pode consistir numa doação quase total e incondicionada de cada um ao soberano. O direito é produto da autoridade do soberano e não das leis da natureza: *autoritas nom veritas facit legem*. Não importa o conteúdo do ato normativo, deve ele ser considerado válido, desde que tenha emanado do soberano. (Sarmiento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho-2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014. p.73.).

Porém, ressalta ainda Sarmiento (2014), realizada a centralização da produção normativa pelo Estado absolutista, o poder ilimitado dos governantes que o caracterizava passou a significar um entrave para a continuidade do

desenvolvimento do capitalismo: a burguesia emergente pretendia proteger a liberdade, a propriedade e os contratos também do eventual arbítrio dos governantes.

Emerge a noção de que também os governantes deveriam se submeter a ordenamentos jurídicos providos de racionalidade e estabilidade. Daí a plena convergência entre os interesses da classe econômica ascendente- a burguesia- e o ideário do constitucionalismo, de contenção do poder estatal em favor da liberdade individual, Sarmiento (2014).

O constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio de separação dos poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa.

Mal-estar da constituição;

O constitucionalismo moderno foi erigido a partir de um pressuposto fático, que hoje já não se verifica plenamente: o Estado nacional soberano, detentor do monopólio da produção de normas, da justiça e do uso da força no âmbito de seu território, que não reconhece qualquer poder superior ao seu. O Estado continua sendo o principal ator político no mundo contemporâneo. Porém, a globalização impulsionada com os avanços em campos como os transportes, a informática e as telecomunicações, diminuiu a importância das fronteiras políticas e impulsionou o fenômeno de desterritorialização do poder. Atualmente, o Estado nacional perdeu em parte a capacidade que tinha para controlar os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais que atuam no interior das suas fronteiras, pois esses são cada vez mais influenciados por elementos externos, sobre os quais os poderes públicos não exercem quase nenhuma influência. Os vasos comunicantes da economia fazem, por exemplo, com que uma crise econômica em um país possa afetar drasticamente as políticas públicas de outro Estado. (Sarmiento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho- 2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014. p. 88.).

No Brasil, a contribuição mais importante à crítica do idealismo constitucional foi oferecida por um jurista conservador da primeira metade do século XX, Oliveira Vianna, Sarmiento (2014).

O autor criticava a falta de correspondência entre o idealismo da Constituição, concebida de acordo com as ideias liberais predominantes na

Europa e nos Estados Unidos, e a realidade política e social do Brasil, que exija instruções diferentes, Sarmiento (2014).

Segue Sarmiento (2014); esta desconformidade ou desarmonia entre a realidade subjetiva, criada pela tradição (elementos imanentes), e a realidade externa, criada pelo novo sistema de normas (elementos transcendentais) é que explica o fracasso das reformas políticas, dos novos tipos de regime, das novas Constituições, quando aberrantes dos costumes ou da tradição do povo. (Oliveira Vianna, Instituições políticas brasileiras).

Dos entraves da interpretação

Nas palavras de Jack Balkin “a legitimidade constitucional depende do que Stanford Levinson chamou de protestantismo constitucional- a ideia de que , nenhuma instituição do Estado, e especialmente também não a Suprema Corte, tem o monopólio do sentido da Constituição. Assim como as pessoas podem ler a Bíblia e decidir o que ela significa para si, também os cidadãos podem decidir o que a Constituição significa e defender sua posição na esfera pública. Para que o projeto constitucional tenha sucesso, não é suficiente que o povo o suporte. O povo deve ser também a possibilidade de criticar a forma com que este projeto esteja sendo desenvolvido. As pessoas devem poder discordar, protestar e discordar contra a prática constitucional inclusive, especialmente, as decisões dos tribunais, e demandar a Constituição como a ‘sua’ Constituição, de forma a poder mover a prática constitucional na direção mais próxima dos seus ideais. Só nestas condições é plausível que o povo mantenha fé na Constituição”

A interessante analogia entre a compreensão pluralista dos intérpretes da Constituição e o protestantismo consiste no fato de que esse, ao contrário do catolicismo, nega a existência de um único intérprete autorizado da verdade religiosa, no caso do catolicismo, a Igreja Católica. Para o protestantismo, desde Martinho Lutero, cada fiel pode interpretar a Bíblia ao seu modo. Da mesma forma, o pluralismo de intérpretes constitucionais também nega à Suprema Corte ou à Corte Constitucional o monopólio da “verdade” na interpretação da Constituição. A analogia é explorada em: (Sarmiento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho- 2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014, p. 404 apud LEVINSON, Sanford. Constitutional Faith, p.18-30.).

Vejamos agora como os poderes, pilares da desconstrução do totalitarismo por mitigar os poderes a apenas um, estão se deteriorando no Brasil.

O STF, por exemplo, julgou que não seria compatível com a Constituição a instituição do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo, de acordo com o valor venal do imóvel. Para Corte, a natureza real do IPTU afastaria essa possibilidade, sendo admitida essa progressividade apenas em casos expressamente

previstos na Constituição, relacionado ao não cumprimento da função social de imóvel urbano. Em relação a esta decisão o Congresso aprovou a EC nº 29/2000, prevendo, expressamente a progressividade que o Supremo rechaçara (nova redação do art. 156, §1º,CF). O mesmo fenômeno aconteceu com as chamadas “taxas de iluminação pública”. O STF considerou inconstitucional a sua instituição, com base no entendimento de que as taxas só podem remunerar a prestação de sérios públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública não teria tais características. O Congresso, reagindo contra essa decisão, aprovou a EC nº 39/2002, autorizado a cobrança de “contribuição para o custeio da iluminação pública”. (RE nº 153.771, Rel. p/acórdão Min. Moreira Alves. Julg. 20.11.1996. DJ, 05 set. 1997 em Sarmento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho- 2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014, p. 410.).

Outra hipótese:

Na fixação de teto na remuneração dos servidores públicos. Apreciando a regra do teto constitucional originário que instituiu um limite remuneratório, o STF decidiu que não seria aplicável às chamadas “vantagens pessoais” sujeitando expressamente as vantagens pessoais ao teto do funcionalismo. O STF, no entanto, entendeu, em sessão administrativa, que o teto em questão não seria autoaplicável, demandando, para a sua incidência, a prévia edição de lei, de iniciativa conjunta do Presidente da República, das Casas Legislativas e do STF. Em nova redação à decisão do STF, o Congresso aprova a EC nº 42/2003, que, além de manter as vantagens pessoais no cômputo do teto remuneratório, determinou sua aplicabilidade imediata. Provocada para se manifestar sobre essa última reforma constitucional, a Corte reconheceu a validade do teto, mas ressaltou os direitos adquiridos pelos servidores, que a emenda objetivava também atingir. As reações parlamentares às decisões do STF, nesse caso, foram impulsionadas pela opinião pública, que viu como excessivamente corporativas as decisões do STF sobre tal questão. (RE nº 233.332, Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg. 10.03.1999. DJ, 14 maio 1999; ADI nº 14, Rel. Min. Célio Borja. Julg. 13.09.1988. DJ, 1º dez. 1989. Sessão Administrativa de 24.06.1998. MS nº 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 06 out. 2006. ADI nº 14, Rel. Min. Célio Borja. Julg. 13.09.1988. DJ, 1º dez. 1989 em Sarmento, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho- 2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014, p. 410.)

Para finalizarmos, temos como preocupação o Estado de Exceção que notoriamente estamos a viver. Como Agamben (1942). “Chama de Estado de exceção o tipo dominante na política contemporânea, que transforma o que deveria ser uma política provisória e excepcional em técnica permanente de governo”.

Para Agamben o Estado de exceção significa simplesmente a suspensão do ordenamento jurídico: a anulação dos direitos civis do cidadão e seu estatuto jurídico como indivíduo. Ele defende a ideia de

que o paradigma político do Ocidente não é mais a cidade, mas o campo de concentração. Vistas por essa ótica, as práticas de exceção contemporâneas, engendradas por um Estado policial protetor, fazem da política do terror e da insegurança o princípio gestor, estimulando, cada vez mais, a privatização dos espaços e o confinamento no interior deles. Ele observa que hoje os cidadãos são continuamente controlados e consideram isso normal. É o primeiro passo para que os regimes democráticos se tornem autoritários, com uma carapaça de democracia. Olhe a sua volta, diz ele, e observe que está sendo filmado em todos os lugares. Há câmeras nas entradas e elevadores dos edifícios residenciais e comerciais, nos bancos, nas ruas e também corredores das universidades. Somente na Inglaterra foram instaladas 4,5 milhões de câmeras de vigilância na última década e que uma habitante de Londres é filmado trezentas vezes por dia? Mas não é só lá. Em Clementina, uma cidade de 6 mil habitantes no interior d São Paulo, foram montadas torres de 25 metros com câmeras para fazer a vigilância da cidade. A justificativa é que essas câmeras, que capturam imagens a até dois quilômetros, intimidam os bandidos e auxiliam a polícia. (Tomazi, Nelson Dacio Estado de Exceção, Sociologia para o Ensino Médio, Volume Único, 2012,2013,2014, FNDE, Editora Saraiva, p. 113 apud Giorgio,Agambed; Estado de Sitio Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo, Boitempo, 2004. p. 63.).

Aqui, o renomado sociólogo Agambed denuncia o retorno do Estado de Exceção que esta vigente de forma velada, muito no que diz respeito ao direito a privacidade que está sendo tolhida em prol da chamada tutela estatal no quesito segurança pública. Os indivíduos estão vulneráveis a decisões que retomam a exceção e despidos de seus direitos primordiais.

5. CONCLUSÃO

Como se sente, estamos num estado de não efetivação das normas. Retrocedemos, portanto, ao estado natural, antes do contrato social. Os costumes do direito consuetudinário e a coercividade psicológica das leis é o que impera entre nós. Esse estado natural, atual é benéfico, na minha opinião, no sentido de que o homem, por natureza é bom, como diz Rousseau. Do Estado Natural é de onde temos que partir, novamente, para a formação do Estado de Direito. Para tanto, os erros e vícios de formação devem ser corrigidos, mas não na formação de um novo arcabouço jurídico. Toda a estrutura Institucional deve ser mantida porque a ousadia da mudança, deve-se dar no propósito, no objeto do pedido, que não mais deve se sustentar, como atualmente o é na busca por interesses pessoais e econômicos. A ousadia é na busca de obtenção de um objeto que seja para o bem comum. Se os operadores do direito se valerem de sua formação e de toda a estrutura administrativa estatal disponível para demandar contra os pontos controversos que nutrem nossa sociedade com todo o tipo interesses pessoais obscuros, estaremos na vanguarda da solução. Quando se diz “vivendo em um Estado regido por normas que não se efetivam”, estamos, na verdade tendo a clareza e a percepção do que se passa ao nosso redor para que, com isso, possamos, sim, tomar as decisões corretas no sentido de mudar de forma técnica e fundamentada, essa situação. Postular por demandas individuais que possam se transformar em benefício do bem comum é uma necessidade jurídico-administrativa de nosso tempo.

O legado da formação do Estado das Leis pensado pela Filosofia do Direito, pela Sociologia do Direito, Psicologia Jurídica e pela própria Ciência Política já trazia alertas sobre prováveis dicotomias tais como a do público/privado, e a da lei/contrato dentre outras que se fossem dirimidas resultaria num Estado de Direito deficitário. Atualmente, como já foi dito, as leis só são cumpridas pela sua coercividade psicológica. As pessoas só não transgridem pois pensam na punição tipificada na sanção hipotética da lei ou

quando não tem uma boa oportunidade para assim fazer. As leis, o Estado de Direito ficaram restritos ao campo hipotético do direito material.

No Estado em que vivemos, muitas falhas passaram despercebidas, dando oportunidade para aqueles que, mesmo Governando num Estado de Direito e Democrático, sem ética e reputação ilibada, possam se beneficiar do Sistema. Corrigir esses vícios traria um outro enfoque às Instituições Governamentais.

Os Poderes estão em conflito, inclusive a democracia representativa. Mudar esse quadro, somente, se o conflito for dirimido internamente, ou seja, somos parte de um todo, por isso, ao passo que avançamos para a solução dos nossos próprios desafios, podemos contribuir para que o todo seja menor. A individualidade que preconiza a maior parte dos desacertos do Estado, pode ser nossa aliada ao passo que se pudermos ver os erros do nosso próprio ponto vista, enxergaremos qual é a nossa responsabilidade. Poderemos a partir de uma autocrítica, fazermos melhor e isso inclui sermos éticos, esforçados e dedicados, pois, para mudarmos devemos intrinsecamente ter uma postura de conquistador, haja vista as inúmeras frentes de batalha existentes até termos um mundo justo, o mundo do Estado de Direito.

Vemos e assistimos diariamente que se tenta resolver os problemas fabricando Leis. Na verdade os Poderes estão duplicados; temos o Executivo Público e o Executivo Privado; o Legislativo Público e o Legislativo Privado e o Judiciário Público e o Judiciário Privado. Deve-se entender que o privado nada mais é que a geração de renda e esta pode e deve se dar em decorrência do todo um caminho percorrido. Se tivéssemos as ações governamentais com enfoque no sentido de fomentar o desenvolvimento sustentável, não haveria necessidade de continuar tendo, como se tem hoje, a busca por soluções imediatas, pois, soluções imediatas remontam ao privado.

Devemos procurar, pormenorizadamente, nas normas quais as saídas para retomar, conquistar a dignidade de vivermos em sociedade.

REFERÊNCIAS

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**, 4ª Ed. –Rio de Janeiro- Forense, 1995.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 3ª ed. Saraiva, São Paulo, 1976.

_____ Filosofia do Direito, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1982.

ADEOBALDO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. São Paulo:Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

_____ **Thomas Hobbes**, Tradução de Nélon Antonio Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1991.

DURKHEIN, Émile, **Da Divisão do Trabalho**, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed, São Paulo, Martins Fontes,1999

SARMENTO, Daniel; Claudio Pereira de Souza Neto: **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**- 2ed. Belo Horizonte, Editora Forum, 2014.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Estado de Exceção**: Sociologia para o Ensino Médio, Volume Único, 2012, 2013, 2014, FNDE, Editora Saraiva.

AGAMBED,Giorgio. **Estado de Sitio**, Tradução de Iraci D. Poleti, São Paulo, Boitempo, 2004.